

ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

1

2010

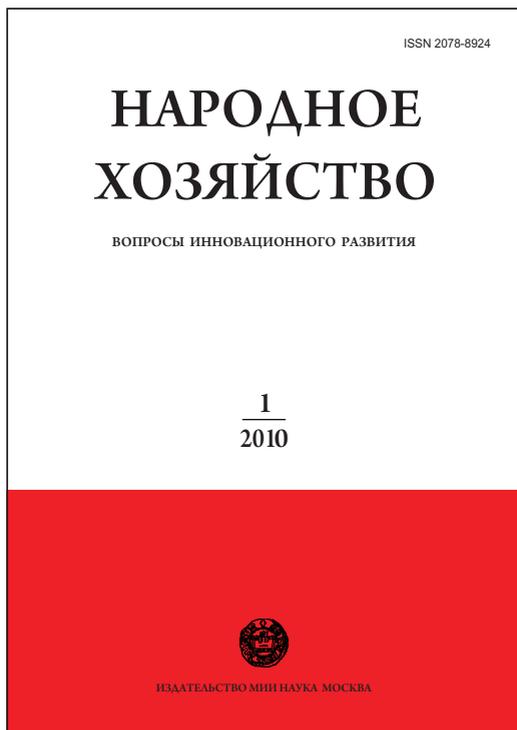


WE SUPPORT



МИИ

ПОДПИСКА - 2010 «НАРОДНОЕ ХОЗЯЙСТВО»



Представляем вашему вниманию новое издание журнала «Народное хозяйство», который ранее был широко известен среди научных работников и преподавателей вузов. Журнал выходит 4 номерами в год объемом 200 страниц.

Современное издание журнала «Народное хозяйство» призвано квалифицированно и профессионально освещать наиболее актуальные проблемы экономического развития России и стран постсоветского пространства.

Журнал адресован: преподавателям, аспирантам и студентам эконо-

мических специальностей, практическим работникам управленческого звена государственных учреждений и предпринимательских структур.

Во втором полугодии 2010 года журнал будет распространяться только по адресной редакционной подписке.

Подписаться на журнал можно в Издательстве «МИИ НАУКА», отправив заявку по факсу: + 7 (495) 394–69–35 или на электронную почту info@mii-nauka.com

Подробная информация о журнале на сайте www.mii-nauka.com



Международный исследовательский институт является участником Глобального Договора Организации Объединенных Наций

Международный исследовательский институт

ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

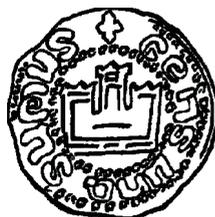
Всероссийский научно-теоретический журнал
издается с 2009 г., выходит 4 раза в год

1(5)

2010



WE SUPPORT



МИИ

**Всероссийский научный журнал
“Вопросы правоведения”**

**зарегистрирован в Федеральной службе
по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций.
Свидетельство о регистрации
ПИ № ФС77-35637 от 17 марта 2009 г.**

**Учредитель и издатель:
Международный исследовательский институт, г. Москва**

**Адрес редакции:
115563, Москва, а/я 77, МИИ
Тел. +7-495-509-67-82
www.mii-nauka.com
info@mii-nauka.com**

**Подписной индекс:
Объединенный каталог “Пресса России” - 40661**

Главный редактор:

А. А. Тедеев доктор юридических наук, кандидат экономических наук, директор Международного исследовательского института

Редакционный совет:

И. Н. Барциц доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации

И. Л. Бачило доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующая сектором информационного права Института государства и права Российской академии наук

А. А. Белкин доктор юридических наук, профессор, главный научный сотрудник Международного исследовательского института

Н. Е. Борисова доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, директор Научно-педагогического института прав человека и ювенологии Российского государственного социального университета

А. В. Брызгалин кандидат юридических наук, Генеральный директор Группы компаний «Налоги и финансовое право»

Е. Ю. Грачева доктор юридических наук, профессор, проректор по учебной работе Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина

А. Э. Жалинский доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Государственного университета – Высшей школы экономики

А. Я. Капустин доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Российского университета дружбы народов

- М. А. Краснов доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Государственного университета – Высшей школы экономики
- В. М. Лебедев доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой природоресурсного и экологического права Томского государственного университета
- Ю. В. Пуздрач доктор юридических наук, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарного университета
- Е. Р. Россинская доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, директор Института судебных экспертиз Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина
- Т. А. Сошникова доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и социальных отраслей права Московского гуманитарного университета
- Ю. Н. Стариков доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного и муниципального права Воронежского государственного университета
- Г. А. Госунян доктор юридических наук, кандидат физико-математических наук, профессор, Президент Ассоциации российских банков
- В. А. Туманов доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, Советник Конституционного суда Российской Федерации
- А. С. Туманова доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения Государственного университета – Высшей школы экономики

- М. А. Федотов доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, руководитель кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности
- Х. Хаджиев доктор юридических наук, профессор, судья Европейского суда по правам человека
- В. Е. Чиркин доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, главный научный сотрудник сектора сравнительного права Института государства и права Российской академии наук
- И. Г. Шаблинский доктор юридических наук, кандидат философских наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Государственного университета – Высшей школы экономики
- Н. Г. Шурухнов доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики Академии права и управления Федеральной службы исполнения наказаний Российской Федерации

От редакции

Стремясь в целях наиболее успешного достижения задач, преследуемых журналом, к всестороннему и полному освещению научных проблем, редакция не стесняет авторов и членов своего редакционного совета в возможности высказать на страницах журнала «Вопросы правоведения» теоретические воззрения, которые не вполне совпадают с точкой зрения редакции.

Плата за публикацию материалов в журнале не взимается ни в какой форме.

Перепечатка материалов, опубликованных в журнале, допускается только с письменного разрешения редакции.



Содержание

Вопросы правовой доктрины

<i>Хабриева Т. Я.</i> Век инноваций и право	8
<i>Чиркин В. Е.</i> Концепция публичной власти народа в XXI веке	16
<i>Дойников И. В.</i> К вопросу о концепции развития предпринимательского (хозяйственного) права в современных условиях	62

Точка зрения

<i>Харитонов Ю. С.</i> «Государственное властное полномочие» и «компетенция органа юридического лица»: соотношение понятий в частном и публичном праве	82
<i>Расолов И. М.</i> Тенденции развития информационного права как комплексной отрасли российского права и современного научного направления	93
<i>Тедеев А. А.</i> Формирование доктринального понимания сущности источников информационного права	101
<i>Борисова А. В.</i> Право на жизнь эмбрионов: за или против?	114

Проблемы положительного права

<i>Горелик А. П.</i> Наследование нетрудоспособными иждивенцами по российскому законодательству: вопросы, требующие решения	123
<i>Мареев Ю. Л.</i> Вторжение рекламы в область авторского права	132
<i>Гусева И. П.</i> Правовые основы системы обязательственных отношений и ответственности в сфере косвенного налогообложения	140

Правовая мысль прошлого

Историческая справка	156
<i>Коган П.</i> Предисловие к русскому переводу	158
<i>Руссо Ж. Ж.</i> Общественный договор, или принципы государственного права	168
Сведения об авторах	206
Правила представления рукописей авторами	207

Вопросы правовой доктрины

Век инноваций и право

инновационное развитие; социальные регуляторы; потенциал права

Т. Я. Хабриева

член-корреспондент Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации

Инновационное развитие – это путь не только к экономическому процветанию, но и к более совершенным формам организации общества и государства, поскольку инновации затрагивают все стороны жизни. И о какой бы из них ни шла речь, именно право создает нормативно очерченную модель инновационного общества. Оно определяет параметры его развития, закрепляет формы участия государства, общества и личности в инновационных процессах, обеспечивает необходимые финансовые, материальные и людские ресурсы, вводит в действие правозащитные механизмы.

При всей универсальности правового регулирования возможности права не безграничны. А его эффективность зависит от соотношения с другими социальными регуляторами: экономическими, идеологическими, нравственно-этическими. Есть области, где право бессильно. Так, оно не может влиять на некоторые формы накопления и распространения информации.

Еще в начале XX века американский экономист и политик Гиффорд Пинчот заметил, «инновации никогда не осуществляются так, как они планируются». Поэтому законодатели не всегда мо-



гут предугадать развитие инновационных процессов и предусмотреть негативные последствия от реализации правовых решений (в частности, такие экономические и социальные проблемы, как банкротство предприятий, рост безработицы и т. д.).

Поэтому каждая из стран продолжает поиск своих технологий регулирования инновационных процессов, которые соответствуют уровню ее экономического и научно-технического развития, степени вовлеченности в международное разделение труда, отражают особенности правовой системы.

Свой путь в регулировании инновационных процессов ищет и Россия.

В последние годы было принято много актов, направленных на регулирование инновационных процессов. И в целом эта сфера имеет неплохое правовое оснащение, в том числе и в виде кодифицированных актов. Но эффективность правового регулирования невысока.

В чем видятся проблемы?

1. На наш взгляд, одна из главных проблем – в отечественном законодательстве пока не сложился единый концептуальный подход к формированию целостной системы, которая бы охватывала все основные элементы инновационной политики. Причин тому несколько.

Первая. Как замечено в юридической литературе, в основе многих правовых норм лежат политические императивы с завышенными ожиданиями. Очень часто нормы, не получив своего развития и реализации, превращаются в декларации. Позавчера на круглом столе «Эффективность права и модернизация экономики» было приведено немало таких примеров.

Вторая причина – у законодателя отсутствует единое понимание сущности данного явления. В первую очередь, это связано с легальным определением понятий «инновация», «инновационная деятельность». Общего понятийного аппарата нет ни на федеральном, ни на регионально уровне. Можно сформировать целую «библиотеку» этих дефиниций. В субъектах Российской Федерации в качестве инновационной деятельности, например, понимают даже увеличение затрат на субсидирование авиарейсов.

Такое положение дел, как было отмечено на заседании президиума Государственного совета по вопросу инновационного развития транспортного комплекса, приводит к сбоям в правоприменительной практике и не обеспечивает целенаправленной поддержки инновационной деятельности.

2. Вторая проблема – законодательством неравномерно обеспечивается весь цикл инновационного развития: от зарождения идеи, ее воплощения в инновационном продукте до его внедрения в жизнь и генерации новых инновационных идей.

Достаточно полноценно регулируются вопросы создания инновационных продуктов, охраны интеллектуальных прав. Но явно недостаточен правовой механизм освоения инноваций. Давно известно, что из созданных за бюджетные деньги разработок реально используются менее 2 %.

Четвертой частью Гражданского кодекса Российской Федерации введена императивная норма, обязывающая правообладателя единой технологии ее практически применять. Но это правовое обременение не учитывает, есть ли условия и возможности для внедрения технологии.

Конечно, не все зависит от законодательства. И не только потому, что возможности права не безграничны. Потенциал права, в том числе в обеспечении экономического развития, в полной мере раскрывается только в результате полноценной правоприменительной практики. А она несовершенна:

Во-первых, действия субъектов правоприменения недостаточно последовательны и согласованны.

Так, практика применения законодательства об управлении имуществом в инновационной сфере показывает, что Минэкономразвития подходит с позиции увеличения числа субъектов рыночной экономики, Минфин – сокращения государственных расходов и увеличения доходов бюджета, Минпромнауки – сохранения научно-технических комплексов. В итоге – ожидаемый эффект от реструктуризации государственного имущества снижен.

Во-вторых, деятельность нередко отклоняется от правовой модели в результате неполного осуществления компетенции, превышения полномочий, коррупции и т. д.



И, в-третьих, практика во многом зависит от компетентности правоприменителей, в том числе и судей, которые нередко не имеют представления о природе не только инновационных продуктов, но и тех объектов регулирования, которые уже давно вошли в нашу жизнь.

Абсурдная ситуация возникла при разрешении дела мировым судьей г. Абакана. Судья, установив, что интернетовский сайт коммерческого общества не был зарегистрирован как средство массовой информации, вынес решение не только о наложении штрафа, но и о его конфискации...

Неслучайно Президент России на заседании президиума Госсовета по развитию информационного общества в Российской Федерации заявил, что в России не должно остаться чиновников, не владеющих компьютером.

Большая часть проблем, связанных с правовой поддержкой инновационной деятельности, может быть решена и уже решается соответствующим наполнением законодательства путем реализации основных положений Концепции – 2020, которая по сути дела является долгосрочной программой прорыва.

Многие полагают, что задачи активизации инновационных процессов, придания системности законодательства в этой сфере можно решить посредством принятия Закона об инновационной деятельности.

Такие акты приняты многими странами. Например, в Индии в 2008 г. был издан Закон «О национальной политике в области инноваций». В том же году в Польше вступил в силу Закон «О некоторых формах поддержки инновационной деятельности». Аналогичные акты действуют во Франции, Сербии, Венгрии, Украине, Молдове, Казахстане, других государствах.

В России было подготовлено несколько проектов федерального закона об инновационной деятельности и инновационной политике, но должной поддержки они не нашли в связи с тем, что многие их положения носили декларативный характер и были лишены правового содержания.

Ключевым для такого закона является вопрос о самостоятельности предмета правового регулирования. От ответа на него

зависит решение другого вопроса: требуется ли создание специальных юридических конструкций либо достаточно имеющихся правовых механизмов? Иными словами, будет ли инновационное законодательство представлено как самостоятельный правовой блок или регулирование должно осуществляться в рамках существующего структурирования права?

Если ориентироваться на зарубежный опыт, то регулирование в таких законах сводится к определению базовых понятий, закреплению принципов государственной инновационной политики, проектированию основных элементов инновационной инфраструктуры, регламентации правового режима инновационных проектов и продукции, усилению роли науки, решению вопросов финансового и иного обеспечения инновационной деятельности.

В российском законодательстве достаточно полно формулируются задачи инновационной политики. Но не достаточен уровень регулирования инновационной инфраструктуры, вопросов финансового и иного обеспечения. Как отмечалось выше, не унифицирована «инновационная» терминология. Не решены другие вопросы.

Следовательно, есть основания для постановки вопроса о принятии специального закона.

При разработке такого закона надо иметь в виду, что с точки зрения гражданского законодательства, как основного для этой сферы отношений, инновационная деятельность не имеет специфики ни по участникам отношений, ни по закреплению результатов деятельности, ни по правилам их гражданского оборота. Следовательно, предмет закона об инновационной деятельности должен быть тесно связан в основном с публично-правовыми отношениями по реализации государственного управления инновационной деятельностью.

Но независимо от того, как и когда будет решен вопрос о предмете предполагаемого Закона об инновационной деятельности, необходимо уже сейчас усиление инновационного регулирования за счет совершенствования регулирования в других сферах права.

Прежде всего, речь идет о Федеральном законе «О науке и государственной научно-технической политике» 1996 г. Несмотря на обилие внесенных в его текст поправок (только за по-



следние 5 лет он обновлялся 10 раз), он проигрывает по сравнению с аналогичными законами Соединенных Штатов, Великобритании, ФРГ, Франции, других наиболее развитых стран, поскольку не ориентируется на потребности инновационной сферы.

Более того, основным регулятором отношений между субъектами научной деятельности, государством и потребителями научной продукции в большей мере остается общепромышленное законодательство. Но каждая из отраслей подчиняется логике своего развития отношения в сфере науки и не учитывает их специфики.

Роль координатора правового регулирования в этой сфере, учитывая ее стратегический характер для развития страны, должен взять на себя Закон о науке. Он должен задать ориентиры развития всего законодательства о науке, закрепив все принципы правового регулирования научной деятельности, независимо от их отраслевой принадлежности (гражданской, налоговой, природоохранной, трудовой и т. д.).

Другой закон, имеющий принципиальное значение для инновационного развития экономики – закон об административных процедурах. Закон поможет упорядочить формы работы государственных и муниципальных управленческих структур, и тем самым будет способствовать полноценному функционированию инновационных предприятий и организаций. Это, наряду с внедрением в деятельность органов исполнительной власти новых технологий, чем занимается Правительственная комиссия по проведению административной реформы, безусловно, даст положительный эффект.

Важным инструментом обеспечения инновационного роста должно стать законодательство о техническом регулировании. Как сложно оно развивается, и какое тактическое решение недавно принято – всем известно. Наверное, это разумно. Но надо обратить внимание, что предлагаемое к использованию законодательство зарубежных государств в сфере технического регулирования довольно серьезно расходится с законодательством Российской Федерации по объектам регулирования, по принципам установления требований, по системе оценки соответствия.

Например, техническое регулирование в Российской Федерации не распространяется на социально-экономические, организационные,

санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные меры в области охраны труда. Положения же технических регламентов Республики Казахстан, предполагаемые к введению в Российской Федерации, устанав­ливают такие требования.

Кроме того, остаются неурегулированными вопросы юридической ответственности и мер государственного принуждения. Предусмотренные сегодня штрафы в размере от 500 до 50 тысяч рублей за недобросовестную сертификацию и испытания, за обращение на рынке некачественной продукции, совершенно неадекватны уровню рисков и возможных последствий.

Для инновационного развития важное значение приобретает совершенствование правового механизма защиты интеллектуальных прав, что отмечали многие участники конференции.

Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства одобрена Концепция совершенствования гражданского законодательства Российской Федерации, большая часть вопросов, связанных с интеллектуальными правами, в ней нашла отражение.

Здесь генеральная линия ясна. Все зависит от того, как она будет реализована законодателем.

Более важно, что действующее законодательство полностью не обеспечило закрепление инновационной инфраструктуры – комплекса тех взаимосвязанных элементов, которые участвуют в реализации инновационной деятельности.

Прежде всего, речь идет о технопарках и технологических кластерах, обеспечивающих ускоренное внедрение инновационных продуктов в жизнь. Есть разные подходы, как трактовать эти объекты регулирования: как юридическое лицо или как имущественный комплекс.

Наш институт рассматривает технопарк как имущественный комплекс. Это позволяет более широко и гибко использовать его инновационные возможности и не сковывать правовое регулирование рамками той организационно-правовой формы, в которой будет создан технопарк.

С 2005 г. начала формироваться база данных по результатам интеллектуальной деятельности, созданным за счет бюджетного



финансирования. Однако на практике доступ к данной базе затруднен даже для органов государственной власти, не говоря уже о научных организациях и отдельных исследователях. Отсутствует единый информационный центр, в котором можно получить информацию о том, какие научно-исследовательские работы в принципе заказывало государство, и какие результаты по данным работам были получены. Вместе с тем, доступ к научной информации является одним из основных условий освоения научно-технической и инновационной продукции.

В завершении, хотела бы привести высказывание Уинстона Черчилля: «Мы должны остерегаться бесполезных инноваций, особенно тогда, когда они диктуются логикой». Добавим к этому, что такую же опасность представляют и бесполезные законы, продиктованные логикой, а не самой жизнью.

Концепция публичной власти народа в XXI веке

публичная власть; государство; государственная власть; публичная власть

В. Е. Чиркин

доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук

Постановка проблемы

В течение многих столетий в литературе публичная власть традиционно связывалась с государством, считаясь идентичной государственной власти. Гораздо реже, а то и крайне редко, это словосочетание используется в законодательстве. В конституциях обычно говорится о законодательной, исполнительной, судебной власти. В марксистской литературе и законодательстве стран тоталитарного социализма концепция разделения властей не была принята, но в отношении публичной власти использовался такой же подход. Во всех советских учебниках по теории государства и права основным признаком государства, который отличал его от племенных, общественных и других образований или объединений, считалась публичная власть (назывались и другие признаки). Хотя такой подход используется и сейчас, это в определенной мере дань традициям. Он соответствовал неразвитой системе территориального управления в обществе, когда государство, за редчайшими исключениями, было унитарным, являясь единственным территориальным публично-правовым образованием. Субъектов федераций, территориальных автономий в современном значении этих терминов не было (хотя подобные им образования,



учреждаемые «сверху» или дарованные прихотью правителей, бывали), местного самоуправления, как оно понимается теперь, не существовало (оно жаловалось лишь отдельным городам хартиями монархов, традиционно оно в какой-то мере существовало и в сельских общинах). Административно-территориальные единицы, на которые делилась территория государства, не были самостоятельными публично-правовыми образованиями, созданными и управляемыми населением этих территорий. Они управлялись назначенными «сверху» чиновниками общей компетенции – губернаторами, префектами, интендантами и др. Так обстояло дело и в нижестоящих административно-территориальных единицах.

В современных условиях ситуация изменилась. Почти во всех странах наряду с государством существуют другие формы территориальных публично-правовых образований. В федеративных государствах это субъекты федераций (их более 400 в 26 государствах мира, включая Россию)¹, в унитарных – территориальные автономные образования (приблизительно 200 автономий в почти 20 государствах, в одном Китае более 150)², фак-

¹ Приблизительность подсчетов федераций, их субъектов связана с тем, что некоторые государства имеют существенные или почти все признаки федерации, но в конституциях так не называются, и в самих этих странах отрицают определение их как федерации (например, ЮАР), другие лишь недавно провозглашены федерациями и формирование их субъектов не завершено (Непал). Проблемы с характеристикой государственно-территориального устройства есть в Танзании, Папуа – Новой Гвинее. Некоторые зарубежные авторы считают фактической федерацией Испанию. Сказанное относится и к некоторым автономным территориальным образованиям.

² Территориальные автономные образования, например, Автономную Республику Крым в Украине, Горно-Бадахшанскую автономную область в Таджикистане или 20 автономных областей в Италии следует отличать от национально-культурных автономий (например, украинцев или азербайджанцев в Москве), которые являются общественными объединениями с главными задачами развития культуры и языка национальностей. Территориальных автономных образований в России нет. Еврейская автономная область и автономные округа – субъекты федерации, лишь сохранившие прежние названия. Статус субъекта федерации иной, чем статус территориального автономного образования. Поэтому утверждения, встречающиеся даже в работах известных российских ученых (мы не хотим называть имена), что в России есть территориальная автономия и ею являются автономная область и автономные округа, представляются ошибочными.

тически везде (кроме некоторых стран мусульманского фундаментализма и государств-карликов, которые не имеют административно-территориального деления) существуют региональные и коммунальные (или общинные, то есть более низкого уровня) муниципальные образования¹. В них создаются свои органы, которые издают обязательные правовые акты, занимаются управлением (в сфере своей компетенции) и применяют, хотя и ограниченные кругом местных дел общественного значения, способы публичного принуждения. Государство своими законами определяет сферы деятельности публично-правовых образований, их предметы ведения, полномочия, в определенной мере компетенцию их органов, но тезис, что публичная власть сосредоточена только у государства, вряд ли соответствует условиям нашего времени. В наши дни вопрос о публичной власти может быть поставлен не только в связи с государством, но и в более широком плане, как подход к созданию системной концепции территориальных публичных коллективов и системы публичной власти народа в современном социально-демократическом обществе XXI века.

¹ В переводе с лат. *municipium* – самоуправляющаяся община. В период абсолютизма в Европе и колониях Северной Америки муниципальными образованиями первоначально становились некоторые города, которым короли жаловали хартии самоуправления. В них избирались органы, которые занимались местными делами. Некоторые города теперь превратились в миллионные агломерации (Нью-Йорк, Марсель и др.), но по-прежнему считаются муниципальными образованиями прежнего типа. Впоследствии стали создаваться региональные муниципальные образования как единицы, объединяющие разные населенные пункты и территории между ними. Проблема муниципальных образований общинного и регионального уровня является одной из сложных и в науке, и в политике. Пока что многолетние попытки принять европейскую хартию регионального самоуправления (в дополнение к хартии 1985 г.) не удаются. Во многих демократических странах Европы административно-территориальные единицы высшего, а иногда и среднего звена не имеют выборных представительных органов (советов и др.), выборных мэров (и др.) и управляются назначенными представителями главы государства или правительства. Это имеет место и в высших административно-территориальных единицах в субъектах некоторых федераций (например, в Германии).



Заметки о терминологии

Словосочетание «публичная власть народа» имеет три составляющие. Все они используются в неодинаковых значениях. В просторечной лексике, а иногда и в зарубежной политологической литературе, говорится о власти вожака в стаде животных, в иерархически организованных колониях пчел и муравьев, в отношениях дрессировщика и циркового зверя. Если по отношению к таким ситуациям использовать слово «власть», то, видимо, нужно иметь в виду, что данное словоупотребление может иметь лишь условный, метафорический характер. В таких ситуациях действуют безусловные (врожденные) или условные рефлексy, воспитание, привычки, тренировки и т. д. Отношения собственно властного характера вряд ли могут сложиться в среде насекомых, они нуждаются в осознании их как власти. Такие отношения проходят через сознание и волю, являются «присвоением чужой воли» (К. Маркс)¹. Они присущи существам, наделенным такими качествами, т. е. человеку, человеческому обществу. Конечно, и в стаде животных бывает сопротивление вожаку, но, скорее, по причинам естественного, рефлексивного характера (например, драка при разделе пищи). Это совсем не те отношения, что проявление сознания и воли в сообществе людей.

Вместе с тем, не все отношения среди людей, вызывающие некоторое искажение осознания реальности, кратковременный и частичный «паралич воли», являются выражением подлинной власти. Иногда говорят о власти чарующей красоты женщины, ораторского таланта, покоряющей игре талантливого музыканта, власти любви или гнева, изменяющих поведение человека. Под таким воздействием человек может утратить объективность оценок и совершать, например, в результате призывов талантливого оратора или восхищения красотой безрассудные поступки. Однако такие качества обычно имеют прирожденный характер, созданы в результате тренировок и оказывают влияние на волю других только косвенно, обычно кратковременно и не всегда, воздействие имеет индивидуализированный, а не общественный характер.

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. – Т. 46. – С. 491.

Такое воздействие вряд ли можно характеризовать как социальную власть в научном понимании этого явления. Власть в человеческом коллективе явление не личное, даже если кто-то ее узурпирует. В своей основе это отношения общественного, социального характера. По своей природе человек – существо коллективистское. Для него отношения власти связаны с отношениями в коллективе. Конечно, и в коллективе, в том числе в обществе, государстве, бывает личная власть диктатора (вспомним фюрера в фашистской Германии) или личная власть в более мягкой форме, иногда связанная с со сложным периодом развития страны (например, де Голль во Франции), но такого рода власть – это искажение публичного характера власти, ее особое, авторитарное проявление. Власть возникает на основе отношений коллектива, иное дело, что она иногда присваивается лицом или группой лиц. Поэтому отношения хозяина и слуги, мастера и подмастерья, Робинзона и Пятницы на необитаемом острове вряд ли являются подлинной властью в научном понимании этого термина. Коллектива на необитаемом острове нет, не образуют коллектив слуга и господин, хозяин и нанятый им для ремонта работник и т. д. Власть рождается в коллективе, она *имманентно*, внутренне присуща ему, ибо любой коллектив, состоящий из людей с неодинаковыми интересами (а наряду с общими, они всегда в какой-то мере неодинаковы), объективно нуждается в руководстве, в управлении.

Вместе с тем, не всякое управление в коллективе и не во всяком коллективе является выражением действительно власти, представляет собой власть. Руководство застольем со стороны тамады на юбилее друзей или управление дирижера оркестром это еще не власть. Как и индивидуальные отношения Робинзона и Пятницы, слуги и господина, отношения тамады и гостей не являются отношениями общественного характера. Во временном и случайном коллективе может возникать стихийное управление (толпа в панике бежит за предводителями), но это не осознанное подчинение, хотя и с парализованной волей, то есть тоже не власть в точном понимании данного явления. Власть возникает в определенном коллективе, имеющем социальные, обще-



ственные элементы и являющемся более или менее постоянным (его состав может меняться и на деле изменяется, но сам коллектив остается, власть в нем исчезнет, когда он прекратит существование). В основе концепции власти находится *индивидуально и коллективно осознаваемое волевое отношение в человеческом сообществе*. Ниже в связи с проблемой власти мы рассматриваем только такие сообщества, которые являются легальными (законными, соответствующими законам) и, как правило, легитимными (признаваемыми людьми, оправданными, справедливыми, соответствующими их представлениям). Отношения членов преступной группировки и ее главы – авторитета не представляют собой отношений общественного характера, равно как не является законной властью бандитов или руководителей очередного военного переворота.

Слово «публичная/ый/ое» тоже имеет неодинаковые значения. Оно идет от времен Древнего Рима. На латинском языке государство называлось *res publica* – общая вещь, общее дело. Оно рассматривалось в частности как политическое сообщество граждан, явление, как бы мы сказали теперь, соединявшее общественные и государственные начала. Для римлян в те времена такого различия не существовало, да и теперь в западных языках слово «публичное» в зависимости от смысла, которое в него вкладывается автором, может обозначать и общественное, и государственное. С этим были связаны в свое время неточности первых переводов с западных языков Европейской хартии местного самоуправления 1985 г. В русском языке слово «публичное» многозначно, оно может иметь многие другие стороны в зависимости от существительного, с которым соединено (сопоставим словосочетание «публичные мероприятия» – собрания, митинги, шествия и др., регулируемые Федеральным законом 2004 г.¹ и просторечное выражение «публичный дом»). С учетом такой многозначности следует подходить и к выявлению содержания термина «публичная власть». В данном словосочетании первое слово и такой термин в целом приобретают особое качественное содержание.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2004. – № 25. – Ст. 2485.

В советской обществоведческой литературе словосочетание «публичная власть» употреблялось редко и в известной степени считалось не совсем удачным термином (с оттенком «буржуазности»), а там, где его приходилось использовать, особенно государstвооведам при изучении известной работы Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» (1884 г.)¹, оно отождествлялось с понятием «государственная власть»². В любом учебнике по теории государства и права можно было прочесть, что основным признаком государства является «публичная, то есть государственная власть» (далее следовали другие признаки государства).

Введение в оборот слова «публичный» как аналога термина «государственный» отчасти связано с неправильным толкованием одного из центральных тезисов Ф. Энгельса в названной работе, а с другой стороны, с многозначностью слова *öffentliche/er* в немецком языке. Ф. Энгельс констатировал, что в результате разложения первобытно-общинного строя и появления в обществе новых институтов общественная (первобытно-общинная власть) уступила место власти иного характера. Для ее обозначения вместе с другими терминами (о них – ниже) Ф. Энгельс использовал различные словосочетания – *öffentlicher Gewalt*, *öffentlicher Macht*, *Staatsmacht*, но первый был выделен им в немецком издании разрядкой (на русском языке – курсивом) как главный признак государства³. С него Ф. Энгельс начинал перечень и характеристику таких признаков, другие использовались на следующей странице при разъяснениях.

Слова *Gewalt* и *Macht* однозначны (по крайней мере для рассматриваемого словосочетания), это – власть. Слово *öffentlicher* многозначно и в зависимости от того, в каких словосочетаниях находится, может быть понято по-разному. Оно может значить и общественный /ая/ое и государственный/ая/ое. Судя по контек-

¹ *Engels F.* *Deer Urschprung der Familie, des Privateigentum und des Staates.* Im Anschluss an Lewis H. Morgan Forschungen. – Berlin, 1925.

² В. И. Ленин этот термин при характеристике государства не использовал, не применял его также И. В. Сталин.

³ *Engels F.* *Op.cit.* – S. 141.



сту, Ф. Энгельс использовал его в данном случае в «государственном смысле» – «государственная власть». В некоторых случаях слово *öffentlicher* может толковаться в русском переводе, видимо, как преимущественно «государственная» (власть) или только как «государственная/ый/ое». Например, *ein öffentlicher Angestellter* – это государственный (а не общественный) служащий.

Таким образом, в применении к государству речь шла о государственной власти. Но слово публичный может обозначать не только государственную власть. Она – одна из разновидностей более широкого понятия публичной власти. Ф. Энгельс этот вопрос не рассматривал, в его время не было соответствующей практики. Как говорилось, было лишь несколько федераций (преимущественно в Америке, в Европе была только Швейцария с ее мелкими кантонами и со многими элементами конфедерации), законодательно установленных территориальных автономий не было (да и слова эти не употреблялись), местное самоуправление не было системой, а было представлено некоторыми городами. В наше время ситуация изменилась, и вопрос о публичной власти ставится по-новому. Публичная власть народа приобретает теперь новые формы, она может иметь разный *публично-правовой характер при единой социальной сущности*. Полагаем, что понятие «публично-правовой характер» при учете единой социальной сущности позволяет разграничить рассматриваемые ниже виды публичной власти в субъектах федерации, территориальных автономиях, муниципальных образованиях и суверенную государственную власть.

Обратимся теперь к слову «народ». Оно тоже неоднозначно. Не будем рассматривать разные социологические подходы к понятию народа и врагов народа (преамбула Конституции Китая 1982 г.)¹, тезисы о народе и эксплуататорах, о народных массах как движущей силе истории и т. д. Обратимся лишь к российским основным законам – к Конституции Российской Федерации, конституциям и уставам субъектов Российской Федерации (в кон-

¹ Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты / Под ред. Л. М. Гудошникова. – М., 1984.

ституциях зарубежных федераций, в основных законах их субъектов нет положений о юридическом, публично-правовом характере власти федераций и их субъектов, что-то почерпнуть из них для выводов по данному вопросу невозможно). Конституция Российской Федерации и основные законы субъектов Российской Федерации содержат несколько важных положений по обсуждаемому вопросу, хотя тоже нельзя сказать, что они дают полные и точные ответы. С одной стороны, в Конституции Российской Федерации говорится о «многонациональном народе Российской Федерации» (преамбула), о «многонациональном народе» как носителе суверенитета (ч. 1 ст. 3), о государственной власти Российской Федерации, с другой – о народах Российской Федерации, о «равноправии и самоопределении народов» в Российской Федерации (ч. 3 ст. 5), о том, что земля – основа жизни и деятельности «народов, проживающих на соответствующей территории» (ч. 1 ст. 9). Соединение в данной формулировке понятий народа и территории важно для последующих рассуждений. Вместе с тем, Конституция Российской Федерации называет власть субъекта Российской Федерации, как и власть Российской Федерации, государственной властью (статьи 5, 77 и др.).

Известно, что на всей территории Российской Федерации действует законодательство, управление (исполнительная власть, правительство) и правосудие (суды) государства – Российской Федерации. С другой стороны, на территории каждого субъекта Российской Федерации действуют его законы, его управление (многие субъекты Российской Федерации имеют свои правительства) и в какой-то мере его правосудие (мировые суды субъектов Российской Федерации). Вряд ли эти два факта можно отрицать. Следовательно, у субъекта Российской Федерации, как и у субъектов зарубежных федераций, есть своя власть, рамки которой установлены конституциями государства (в частности, путем применения разных систем разграничения предметов ведения и полномочий федерации и ее субъектов).

В основных законах субъектов Российской Федерации для обозначения социальной общности, от имени которой осуществляется собственная власть субъекта Российской Федерации, су-



шествующая в конечном счете как власть его коллектива (сообщества) наряду с государственной властью Российской Федерации, используются разные формулировки (большинство основных законов субъектов Российской Федерации изменены, но цитируемые формулировки не менялись). Иногда в них говорится о «сообществе граждан» (ст. 1 Устава Ростовской области 1996 г.) от имени которых осуществляется собственная власть субъекта Российской Федерации¹, о «жителях области» (ст. 10 Устава Калужской области 1996 г. гласит, что «источником государственной власти Калужской области являются ее жители»)². В уставах многих краев и областей говорится о «населении» края, области (например, ст. 4 Устава Ставропольского края 1994 г. устанавливает, что «источником государственной власти в Ставропольском крае является его население»³, аналогичное положение содержит ст. 1 Устава Московской области 1996 г.⁴, а Устав Мурманской области 1997 г.⁵ одновременно говорит и о населении, и о народе области (статьи 6 и 9). О народе субъекта Российской Федерации как источнике власти данного субъекта говорят почти все конституции республик (Адыгеи, Бурятии, Мордовии и др.), кроме Степного уложения Калмыкии, а также некоторые уставы других субъектов Российской Федерации (например, ст. 3 Устава Липецкой области 1995 г.⁶, ст. 4 Устава Челябинской области 1995 г.⁷ В Уставе Еврейской автономной области 1997 г. сказано о населении⁸, эта же формулировка используется в уставах сохранившихся автономных округов (например, ст. 4 Устава Чукотского автономного округа 1997 г. устанавливает «народо-властие» населения округа 1997 г.)⁹, но вместе с тем в уставах ок-

¹ См.: Уставы краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. – Вып. 4. – М., 1997.

² Там же.

³ Там же. – Вып. 1. – М., 1995.

⁴ Там же. – Вып. 4. – М., 1997.

⁵ Там же. – Вып. 6. – М., 1998.

⁶ Там же. – Вып. 1. – М., 1995.

⁷ Там же. – Вып. 4. – М., 1997.

⁸ Там же. – Вып. 6. – М., 1998.

⁹ Там же. – Вып. 7. – М., 1999.

ругов говорится о коренных малочисленных народах, народах и нациях округа.

Цитированные положения свидетельствуют, что, во-первых, население, жители того или иного субъекта Российской Федерации понимаются как часть многонационального народа Российской Федерации; во-вторых, сообщество людей в субъекте Российской Федерации – это народ субъекта Российской Федерации, такая формулировка, видимо, более верна, чем, например, жители; в третьих, народ субъекта Российской Федерации является составной частью российского народа и, следовательно, составной частью источника федеральной власти и вместе с тем народ субъекта Российской Федерации – источник собственной власти субъекта Российской Федерации, осуществляемой в рамках, определяемых федеральной Конституцией и федеральными законами (об этом говорится в основных законах некоторых субъектов Российской Федерации, а там, где это не сказано прямо, об этом свидетельствуют конституционное регулирование, компетенция органов власти).

Вопросы компетенции в данном случае мы рассматривать не будем, разграничение предметов ведения и полномочий очевидно, оно закреплено статьями 71–73 Конституции Российской Федерации. Пока что нам важно констатировать следующие выводы, вытекающие из положений Конституции Российской Федерации, конституций и уставов субъектов Российской Федерации:

1) собственная власть субъекта Российской Федерации существует, это признано Конституцией Российской Федерации (например, в ч. 3 ст. 5 говорится об органах власти субъектов Российской Федерации, в ч. 1 ст. 77 сказано об органах «власти республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов»), об этом говорится в основных законах субъектов Российской Федерации;

2) основные законы субъектов Российской Федерации в качестве социального источника власти субъекта Российской Федерации рассматривают население, народ, сообщество граждан, жителей субъекта Российской Федерации;

3) собственная власть субъекта Российской Федерации действует наряду с действующей на этой же территории, как части территории государства, властью Российской Федерации;



4) собственная власть субъекта Российской Федерации действует в рамках, установленных Конституцией Российской Федерации и федеральными законами (разграничение полномочий);

5) хотя социальным источником собственной власти субъекта Российской Федерации (в пределах его полномочий) является воля народа субъекта Российской Федерации, юридически источником предметов ведения и полномочий субъекта Российской Федерации является, прежде всего, федеральная Конституция, принятая всем сообществом на референдуме, в том числе народом субъектов Российской Федерации, а также основной закон каждого субъекта Российской Федерации, принятый его народом (или его представителями).

В сфере принципиальных общественных отношений приоритетное значение имеют воля всего сообщества страны, и, следовательно, нормы Конституции Российской Федерации, законы Российской Федерации имеют верховенство по отношению к правовым актам субъектов Российской Федерации. Элементы системы (в данном случае субъекты Российской Федерации) всегда подчинены системе, ее общим закономерностям (сообществу в целом и федеративному государству). С этим связана возможность применения федерального принуждения в случае, если субъект Российской Федерации нарушает Конституцию и законы Российской Федерации. Сфера исключительных предметов ведения Федерации регулируется только ее актами, в сфере совместных полномочий закон Российской Федерации имеет верховенство (субъект Российской Федерации может регулировать такие отношения только в том случае, если они не урегулированы Федерацией), в области исключительных предметов ведения и полномочий субъектов Российской Федерации верховенство имеет его закон, но и в этом случае он должен соответствовать Конституции Российской Федерации. Это положения устанавливают принципиальные условия и пределы власти субъекта Российской Федерации. Вопрос о социальной природе власти субъекта Российской Федерации мы обсуждать в данном случае не будем: социальная природа его власти тождественна государственной власти Федерации (это и не может быть иначе), а государственная власть Федерации, источником которой является наиболее крупный коллектив страны – общество, объединяющее коллективы субъектов Российской Фе-

дерации, подробно рассматривается ниже. Не будем пока что обсуждать и вопрос о юридической характеристике собственной власти субъекта Российской Федерации. Напомним лишь, что в Конституции Российской Федерации (например, ст. 77) и во всех основных законах субъектов Российской Федерации она характеризуется как *государственная* власть субъекта Российской Федерации.

Мы сформулировали некоторые терминологические (а частично и сущностные) положения о власти в территориальных публичных коллективах на примере сообществ людей в субъектах Российской Федерации. Пока что это по существу только пространный пример для иллюстрации содержания термина «публичная власть».

Наряду с субъектами федераций во многих странах существуют иные территориальные публичные коллективы и соответственно публично-правовые образования – территориальные автономии (Азербайджан, Великобритания, Филиппины, Никарагуа и др.), муниципальные образования (в подавляющем большинстве стран), созданы родовые территориальные общины (Россия) и резервации коренных народов (Австралия, Канада, Новая Зеландия, США) с определенными полномочиями публичной родо-племенной самоорганизации (в Норвегии, Финляндии, Швеции существуют даже так называемые саамские парламенты). В конституциях публично-правовая природа их власти не определена, в законодательстве есть положения об органах таких образований, их полномочиях, но характеристика видовой природы такой публичной власти в разных образованиях и в законодательстве, и в научной литературе отсутствует. Поэтому некоторые сформулированные выше подходы к анализу публичной власти в субъектах Российской Федерации (пока не будем обсуждать, верны или неверны характеристики российского законодательства, иных нет) могут иметь более общий характер и концептуально могут относиться к другим странам и иным территориальным публичным коллективам.

Сообщества (коллективы) людей и территориальный публичный коллектив

В истории человечества и в современных условиях создавалось и существует гигантское множество самых различных объединений людей. Среди них различные общественные и религиоз-



ные организации, клубы и иные группировки людей по интересам (например, общества филателистов, коллекционирующих почтовые марки, обменивающиеся ими и др.), спортивные союзы, хозяйственные товарищества, существуют международные объединения и т. д. В любом коллективе (особенно если это постоянный коллектив, а не вечеринка друзей) необходимо какое-то руководство, управление им, иначе коллектив распадется. В устойчивых и организованных коллективах социального характера (или имеющих существенные социальные элементы) такое руководство перерастает во власть с необходимым для этого принуждением (в оркестре публичной власти дирижера нет, как нет ее и в кружке нумизматов, коллекционирующих старые монеты, хотя возможен и бывает авторитет его определенных членов).

Возникновение власти в социальном коллективе (коллективе с социальными элементами) связано с многими факторами, среди которых, видимо, два имеют решающее значение. Во-первых, это необходимость выполнения «общих дел», для чего нужно волевое руководство, присвоение воли (элементов воли) индивидов в целях концентрации усилий на выполнении общих задачах. Этого не требуется, например, в частных клубах по интересам, куда люди собираются для того, чтобы разумно или иначе (иногда совсем неразумно) провести время, в иных объединениях (например, в некоторых спортивных секциях, где каждый ориентирован прежде всего на собственные успехи, хотя они и могут рассматриваться как достижение всего объединения). Во-вторых, власть в социальном коллективе связана с его асимметрией (люди неодинаковы и не равны), в результате чего возникает состязательность и противоборство, что может привести к распаду сообщества. Для того, чтобы предотвратить это, нужна власть (власть коллектива по отношению к его членам, что реально проявляется во властных полномочиях руководства, в установлении определенных правил поведения). Конечно, неравенство есть и в группировке друзей, но их отношения регулируются иными способами.

Поскольку социальные и другие коллективы неодинаковы, различен и характер власти, возникающей в них. В семье существует *персональная* родительская власть, в коллективах частного характера, создаваемых ради личных интересов (например, в хозяйственном товариществе – ради извлечения прибыли) складывается *частная корпоративная власть*, в объединениях, имею-

щих целью «общее благо», «общую пользу», а не извлечение прибыли (таковы формулировки задач различных некоммерческих организаций) возникает *общественная корпоративная власть*. Она существует в партии, в профсоюзе, в союзе работодателей, в национально-культурной автономии, в союзе журналистов и т. д. Правда, формы принуждения со стороны организации (ее руководства) в отношении членов, нарушающих правила организации, в данном случае слабы (высшая форма – исключение из организации), но они существуют.

Особым видом коллективов являются территориальные объединения людей. Они имеют неодинаковый характер. Некоторые создаются для координации производственных или иных вопросов, в них не возникает собственных властных отношений. Нет собственной власти, производной от коллектива, в административно-территориальных единицах, где не создаются собственные выборных органов, власть в них действует «сверху», ее осуществляют назначенные чиновники. Такова ситуация, например, в губернаторствах Саудовской Аравии или Султаната Оман. Это может относиться и к демократическим странам, когда на определенном территориальном уровне нет органов, избираемых их населением (например, в округах Германии). В России в восьми (с 2010 г.) федеральных округах действуют только назначенные органы (полномочные представители Президента Российской Федерации, главные управления некоторых министерств и др.). Административно-территориальными единицами без собственных выборных органов власти являются десять административных округов в Москве (ими управляют назначенные префекты). Есть аналогичные округа и в некоторых других крупных городах России.

Особый характер имеют *территориальные публичные коллективы – объединения людей по территориальному признаку для совместной жизни, для решения вопросов жизненного значения*. Это особый род публично-правовых образований социального характера. Они складываются субъективно-объективно. Человек по своей природе коллективное существо, создающее совместные поселения (села, города), их территориальные объединения (районы, области и т. д.). В конечном счете они служат целям *совместного обеспечения жизнедеятельности* индивидов и их сообществ, а не для удов-



летворения каких-то иных, пусть очень важных интересов. Как и в других социальных коллективах, в них возникает власть, которая нужна как для выполнения общих дел (например, для ликвидации последствий стихийных бедствия), так и для того, чтобы ввести состязательность и противоречия в определенные рамки (преимущественно правовые), чтобы не допустить братоубийственного противоборства (маленькой, в масштабах сельской местности, или большой гражданской войны), не допустить распада сообщества, необходимого, хотя и по разным причинам, всем его членам. Такая власть имеет особый характер, она отличается от общественной власти, существующей, например, в политической партии. Это – *социальная публичная власть*, производная от населения (народа) того или иного территориального публичного коллектива (а не общественного объединения каких-либо членов). Такой коллектив реализует свою власть или непосредственно (например, на референдумах), или создавая свои выборные и иные органы, другие институты управления, его органы обладают такими средствами принуждения, которых нет и не может быть в других коллективах. Территориальные публичные коллективы неодинаковы, естественно, неодинакова и публичная власть в них, разным является ее публично-правовой характер (классификации будут предложены ниже). С другой стороны, публичная власть народа имеет некоторые *общие признаки*, которые еще предстоит выявить и проанализировать. Пока что отметим лишь, что такими признаками являются: установление в рамках своих предметов ведения и полномочий правил поведения, обязательных для всех, постоянно или временно находящихся на данной территории; право осуществлять публичное принуждение в установленных законом рамках; обязанность публичной власти осуществлять меры жизнеобеспечения населения данной территории; обеспечение свободного волеизъявления каждого члена коллектива при формировании публичной воли коллектива: обеспечение осуществления прав и свобод человека и гражданина и др. Эти признаки также подробнее рассматриваются ниже. Те или иные особенности различных видов публично-правовой власти проявляются в рамках общего, корректируются общим, исправляются, если такие особенности начинают выходить за пределы общего и противоречить ему.

Самым крупным территориальным публичным коллективом в стране является общество в государственных границах (мы не рассматриваем в данном случае проблемы международного сообщества). Другие территориальные публичные коллективы существуют в масштабах субъектов федераций, территориальных автономий, различных региональных и муниципальных образований. Это имеет своим результатом, во-первых, определенную иерархию территориальных публичных коллективов, все они, их органы обязаны выполнять законы государства (хотя сами коллективы могут быть автономны, не соподчинены, такими являются, например, муниципальные образования). Во-вторых, хотя у каждого территориального публичного коллектива своя публичная власть, она подвергается определенной унификации и регулированию со стороны государства и более крупных территориальных публичных коллективов (государство, как представитель всего общества, в федерациях определяет предметы ведения субъектов федерации, последние – круг полномочий муниципальных территориальных образований разных ступеней и т. д.)¹. В-третьих, государство не только унифицирует, но и ограничивает полномочия других территориальных публичных коллективов, беря на себя решение наиболее важных вопросов для жизнедеятельности общества в целом (например, внешнеполитические отношения или регулирование основных прав человека и гражданина). Наконец, множественность и иерархия территориальных публичных коллективов ведут к тому, что на одной и той же территории могут действовать и действительно действуют разные публичные власти, например, власть государства, субъекта федерации, муниципального образования, а иногда и автономного об-

¹ В пределах предметов ведения и полномочий, установленных конституцией и законами государства, территориальные публичные коллективы автономны. Административного оперативного подчинения не существует, административные указания и распоряжения не должны применяться (кроме исполнительной вертикали в системе определенных исполнительных органов), каждый из публичных территориальных коллективов действует в соответствии с законами. Федеральное принуждение по отношению к субъектам федерации или принуждение субъекта федерации по отношению к муниципальным образованиям применяется тогда, когда нижестоящий территориальный публичный коллектив, его органы нарушают закон.



разования (последнее имеет место в отдельных штатах Индии, где в субъектах федерации (штатах) имеются автономные районы с особыми полномочиями их традиционных советов). Совместимость такой деятельности разных публичных властей обеспечивается разграничением предметов ведения и полномочий самих публично-правовых образований (т. е. составляющих их основу территориальных публичных коллективов), распределением компетенции их органов, избранных (созданных) их населением.

Публичный территориальный коллектив и публичная власть

Публичная власть в территориальных и иных коллективах, превращавшихся в территориальные (например, у кочевников-монголов) возникла постепенно, исподволь вырастая в родовом, племенном сообществе. Ее первым институционально-территориальным выражением стали, видимо, небольшие поселения, превращавшиеся в малые государства, например, номы в Древнем Египте или государства-полисы в Древней Греции (в настоящее время тоже есть государства-карлики, иногда насчитывающие лишь 11 – 14 тыс. человек населения, – Науру, Тувалу и другие, немногим крупнее). Дальнейшее развитие государственности известно. Создавались национальные государства («государство-нация», как это нередко определяется в западных исследованиях обычно на примере Европы)¹, возникали крупные многонациональные империи, федеративные государства. В границах федеративных государств, как говорилось, существуют субъекты федераций (штаты, провинции, кантоны и т. д.), в унитарных государствах создаются территориальные автономии политического или административного характера (Шотландия, Уэльс, Северная Ирландия в Великобритании, 17 автономных образований в Испании, Минданао и Кордильеры на Филиппинах и т. д.). Единичные из них (Гренландия в Дании) намного превосходят основную часть территории государства. Как говорилось,

¹ Следует учесть, что в отличие от русского языка, прилагательное «национальный» в западных языках нередко используется как синоним слова «государственный». Существительное тоже иногда используется в этом качестве, например, Организация Объединенных Наций (на деле – государств).

в большинстве стран есть муниципальные территориальные образования регионального или низового характера.

На каждом уровне территориальных публичных коллективов создаются свои структуры управления. Государство является управленческой структурой, юридически действующей (на деле это не всегда так) от имени и в интересах всего общества – наиболее крупного территориального публичного коллектива, в других территориальных публичных коллективах создаются свои властные органы (нормотворческие, исполнительные и др.), существует государственная и муниципальная служба. У каждого из таких образований есть свои предметы ведения и соответствующая компетенция их органов (на уровне субъекта федерации, территориальной автономии, вопросы местного значения у органов местного самоуправления). В этих рамках они издают правовые акты, действующие на территории данного территориального публичного коллектива, некоторые из них (например, касающиеся поведения лиц) могут распространяться на всех, находящихся постоянно или временно на территории данного территориально-публичного коллектива.

Органы территориального публичного коллектива вправе использовать *публичное принуждение*, т. е. в конечном счете от имени данного коллектива, будучи уполномочены на это актами государства. Разумеется, формы такого принуждения, его степень весьма неодинаковы (государство в некоторых странах может применять смертную казнь, что невозможно для органов других территориальных публичных коллективов, которые вообще не вправе издавать акты по уголовному праву), но возможность применения принуждения есть всегда (муниципальный милиционер может, действуя от имени закона, задержать нарушителя, а муниципальное собрание может, например, запретить купаться в некоторых водоемах). У субъекта федерации или автономного образования такие возможности гораздо шире, чем у муниципального образования (не только субъект федерации, но и автономное образование, например, Шотландия в Великобритании может ввести в определенных пределах местные налоги, не более трех пенсов с дохода в один фунт). Муниципальное образование (его представительный орган или референдум) может ввести са-



мообложение для общих нужд и принудительными мерами обеспечивать исполнение).

Можно приводить много различных примеров, относящихся к деятельности публичной власти, населения, осуществляющего ее, например, путем референдума и деятельности соответствующих органов, но, видимо, уже из сказанного видно, что:

1) каждый территориальный публичный коллектив обладает своей публичной властью;

2) публичная власть территориального публичного коллектива характеризуется своим кругом предметов ведения и полномочий в рамках конституции и законов (это относится и к государству, которое связано правом и должно быть правовым государством),

3) социальный характер публичной власти в государстве одинаков и не может быть иным, но юридический или, точнее, публично-правовой характер такой власти в территориальных публичных коллективах разного уровня, формы ее деятельности, способы использования полномочий неодинаковы, но всегда публичная власть имеет некоторые общие признаки, одинаково ее одинаковое социальное происхождение (ее источник народ того или иного уровня территориального публичного коллектива);

4) она легализована и легальна в соответствии с конституциями и законами (чаще всего является также легитимной);

5) такая власть имеет различные институты управления (непосредственная демократия и соответствующие органы);

6) ей присуща способность правотворчества – издание обязательных правовых актов определенного уровня, регулирующих те или иные стороны общественного поведения юридических и физических лиц и других субъектов правоотношений;

7) публичная власть имеет право, способность и возможность применять установленные законом формы публичного принуждения разного уровня;

8) существует особого рода социальная, а также юридическая иерархия публичной власти в крупном и территориально развитом сообществе. Социальная иерархия обусловлена соотношением всего сообщества и его территориально-публичных частей (народа и части всего народа – народа территориального публич-

ного коллектива), юридическая, публично-правовая – верховенством права территориальных публичных коллективов более высокого уровня по сравнению с нижестоящими).

Вместе с тем, публичная власть каждого территориального публичного коллектива, будучи частью социальной власти всего народа, не представляет собой части государственной власти. Государственная власть – это иное состояние. Она обладает суверенитетом. Она юридически наделяет полномочиями другие публичные территориальные коллективы, делает их юридическими лицами публичного права (а в некоторых отношениях – и частного права), определяет основы компетенции их органов. Поэтому неверно рассматривать собственную власть того или иного территориального публичного коллектива как «частичку» государственной власти и, следовательно, нельзя называть власть территориального публичного коллектива государственной властью, а его органы – органами государственной власти. Соответствующие формулировки в Конституции Российской Федерации, видимо, нуждаются в исправлениях.

Суверенная государственная власть как высшая разновидность публичной власти

Государственная власть является высшей формой публичной власти, поскольку, во-первых, ее социальный источник особый – территориальный коллектив – народ всей страны, во-вторых, в силу этого только она обладает суверенным характером внутри страны и на международной арене; государственная власть – *суверенная* разновидность публичной власти, в-третьих, только она может регулировать все вопросы жизнедеятельности общества, в-четвертых, именно она юридически наделяет кругом предметов ведения и полномочиями остальные публичные территориальные коллективы, наделяет основами компетенции их органы. Государство – официальный представитель всего общества страны в его государственных границах и на международной арене. Его власть распространяется на всю территорию государства, включая ее подвижные части в границах и вне границ – самолеты, корабли под флагом государства, космические аппараты, на граждан государства, находящихся за границей (другие территориальные публичные коллективы, за редчайшими исключениями, сво-



его гражданства не имеют, но и в тех случаях, когда есть гражданство субъекта федерации, о нем вспоминают мало, практически возникающие вопросы решают федеральные органы). Власть государства имеет *универсальный* характер, она может распространяться на все отношения, которые регулируются государством и правом и поддаются такому регулированию. Государственная власть *едина*. Разделение ее на определенные ветви в целях пресечения возможного деспотизма, как писал Ш. Л. Монтескье, и в практических целях управления (понимая управление в широком смысле этого слова) не противоречит единству государственной власти, единству политики, проводимой по принципиальным вопросам всеми ее органами. Поэтому, видимо, в наше время в конституциях, в том числе и в ст.10 Конституции Российской Федерации, один из основных принципов, относящихся к организации государственной власти, целесообразно обозначить не только как разделение властей, а в формулировке: *единство государственной власти и разделение ее ветвей*.

Обычно в конституциях названы три ветви государственной власти: законодательная, исполнительная и судебная. В некоторых странах (например, Никарагуа) добавлена избирательная власть, в Конституции Венесуэлы 1999 г. говорится о пятой ветви – гражданской власти. В редких случаях есть другие ветви и названия. В данном случае мы не будем останавливаться на характеристике таких положений, они выходят за пределы статьи (причитать об этом можно в учебниках по конституционному праву зарубежных стран). В ст. 10 Конституции Российской Федерации названы три традиционные ветви, но в следующей статье, наряду с перечислением органов соответствующих трем ветвям (Федеральное Собрание – законодательная власть Федерации, т. е. государства, Правительство Российской Федерации – исполнительная власть Федерации, суды Российской Федерации – судебная власть Федерации), дополнительно, причем на первом месте в перечне органов, назван Президент Российской Федерации (ч. 1 ст. 11). Нет сомнения, что Президент Российской Федерации осуществляет государственную власть, это видно и по его конституционным полномочиям, и по практической деятельности. Но возникает вопрос: к какой из трех указанных ветвей государственной власти он принадлежит? Вряд ли верно было бы просто заявить, что это внесистемный орган, как это иногда дела-

ется в отношении прокуратуры или Центрального банка, да и сама характеристика «внесистемный орган» вызывает много вопросов: государственная власть и ее органы это целостная функционально-организационная система. Сомнительно также, как иногда говорят, что Президент Российской Федерации относится к разным ветвям власти, принимая участие и в законодательстве, и в управлении, и в осуществлении некоторых полномочий, близких к полномочиям судов (помилование). Вряд ли стоит таким образом «рассеивать» президентскую власть. В литературе предложены разные концепции президентской власти с ее неодинаковыми характеристиками. Трудно сказать, какие из них удачнее. Во всяком случае, формулировки статей 10 и 11 нужно приводить в соответствие, тем более, что это не частные вопросы. Это принципиальные проблемы государственной власти.

Государственная власть не только едина, но и *единственная* государственная власть в обществе страны. Общеизвестно, что двух или нескольких государственных властей в одном и том же государстве быть не может. Это не только ведет к катастрофической дезорганизации управления в обществе, но и противоборству властей. Это мы видели на опыте России в октябре 1993 г. Противостояние парламента и президента, отстаивавших разный курс развития страны, вылилось в вооруженную борьбу, захват и попытки захвата некоторых учреждений, стрельбу из танков по парламенту. Только государство может осуществлять (или только от имени государства может осуществляться) *законное и легитимное государственное принуждение* (государство может делегировать право применять некоторые формы принуждения органам других территориальных публичных коллективов, они кроме того обладают и своими методами публичного принуждения но опять таки они применяются только в соответствии с законами государства и имеют менее существенный характер, нельзя, например, делегировать право применять уголовные наказания).

Государственная власть, государство осуществляет социально-арбитражную роль в обществе, регулируя в том числе отношения социальных классов и слоев (а также их организаций), чтобы их соперничество и противоречия разрешались мирным путем, в правовых формах и не приводили к насильственным действиям, а в конечном счете к анархии и распаду общества. Де-



тальное рассмотрение вопроса о социально-арбитражной власти государства выходит за пределы данной статьи. Отметим лишь, что социальный арбитраж государства не имеет абсолютно беспристрастного характера. Хотя государство защищает законные интересы меньшинства, на государственную власть оказывает основное давление доминирующий (доминирующие) экономически, социально и политически в обществе социальный слой (слои). Поэтому обсуждая вопрос о государственной власти как выражении публичной власти всего общества, народа, важно учитывать отмеченное обстоятельство. В науке говорится и о других характеристиках государственной власти как публичной власти наиболее крупного территориального публичного коллектива – государственно организованного общества. В конституциях такие характеристики получают прежде всего свое отражение о определениях современного государства как демократического, социального, правового, светского (в некоторых конституциях говорится о «партиципаторном государстве», имеется в виду участие населения в решении вопросов общественной и государственной жизни).

Конституция Российской Федерации устанавливает, что российское государство демократическое, правовое, социальное, светское (статьи 1, 7, 14). Это, следовательно, относится и к государственной власти. Конституция говорит также о федеративном государственном устройстве и республиканской форме правления. Вопрос о влиянии федеративного устройства на территориальные публичные коллективы и их публичную власть мы рассмотрим ниже в связи с анализом характера власти субъектов Федерации. Вопросы о форме правления (республика, монархия) мы касаться не будем, на практике форма правления, за некоторыми исключениями, мало влияет на характер власти в территориальных публичных коллективах, он фактически одинаков в монархической Великобритании и республиканской Франции. Об остальных характеристиках мы поговорим здесь. Возвращаясь к ним при анализе власти в других территориальных публичных коллективах, иных чем государственно организованное общество, мы не будем. Ясно, что если государственная власть является демократической или светской, то и в других территориальных коллективах характер власти будет таким же, ибо действует единая система публичной власти народа, в которой опреде-

ляющее значение имеет государственная власть. Конечно, в субъектах Российской Федерации, в других территориальных публичных коллективах могут быть и бывают отклонения и извращения, но они могут иметь только временный характер и корректируются государственной властью.

Демократический характер российской государственной власти проявляется, во-первых, в том, что важнейшие органы этой власти, принимающие в соответствии с Конституцией главные решения, – парламент (Государственная Дума) и глава государства (Президент Российской Федерации) избираются непосредственно гражданами. Выборы проводятся регулярно в сроки, установленные Конституцией Российской Федерации. Президент Российской Федерации может быть избран только на два срока подряд. Во-вторых, непосредственно гражданами на референдуме могут быть решены ключевые вопросы жизни страны. В 1993 г. на референдуме была принята действующая Конституция Российской Федерации. В-третьих, государственная власть выражает интересы большинства населения при защите законных интересов и прав его меньшинства. Об этом свидетельствует голосование народа. Во всех случаях (кроме одного в 1996 г.) Президент Российской Федерации был избран в первом же туре, причем на всех выборах (кроме 1996 г.) он получал более половины поданных голосов, а на двух последних – более 70%. Партия, которая имела большинство в Государственной Думе (более 2/3 с 2003 г.) и несла ответственность за принимаемые законы, на последующих выборах получала такое же большинство. О поддержке мероприятий государственной власти свидетельствуют также опросы избирателей. В-четвертых, существуют различные институты, механизмы и процедуры, обеспечивающие открытость и демократичность власти (сайты в Интернете главы государства, палат парламента, правительства, министерств и ведомств, других органов государства, персональные сайты высоких должностных лиц, открытые систематические беседы Президента Российской Федерации с гражданами разных регионов страны по телевидению, выступления президента и председателя правительства по телевидению с объяснениями политики государства и др.). С 2010 г. начинает действовать закон о возможности получения любым гражданином по запросу (платному и бес-



платному) документов о деятельности государственных органов от этих органов (если это не касается закрытых данных). Действуют процедуры обращения граждан с жалобами и заявлениями, существуют не только открытые судебные процессы, но и банк данных о них в Интернете и т. д. Демократизм государственности власти связан с использованием гражданами своих прав (политическая парламентская оппозиция, проведение митингов и демонстраций и т. д.), есть много других институтов и демократических процедур на уровне государственной власти.

Вместе с тем российское государство не является еще в полной мере демократическим государством. Это относится и к государственной власти, ее институтам. Средний класс – опора демократической стабильности государственной власти – слаб (в условиях современного мирового финансового кризиса не более 15 % населения, в развитых странах – приблизительно 60 %), велико влияние олигархов и чиновников, задающих неприемлемые образцы поведения, оградившихся от народа высокими заборами, распространяющих в обществе коррупцию и прислужничество. Слаба роль общественного мнения, парламентская оппозиция не имеет достаточного доступа к СМИ, другая оппозиция, хотя и выступающая с ненасильственными лозунгами, практически совсем не имеет такого доступа. В результате существующей избирательной системы с высоким заградительным барьером (7 %), фактически исключающей индивидуализацию кандидатов (предложения об открытых списках с преференциальным вотумом не принимаются), в парламенте безраздельно доминирует одна партия, которая по количеству голосов может одна принять любой закон, включая поправку к Конституции Российской Федерации (предполагается предоставление нескольких мест в Государственной Думе партиям, набравшим менее 7 % голосов). В результате сопротивления некоторых кругов, видимо близких к власти, закон о противодействии коррупции не принимался полтора десятилетия, а, будучи принят, оказывается не вполне совершенным. Зам. председателя Комитета Государственной Думы по вопросам безопасности констатирует: «все остается как есть»¹, хотя, казалось бы, простая проверка расходов могла

¹ Аргументы и факты. – 2009. – № 9. – С. 9.

бы выявить коррупционеров (кстати сказать, в некоторых странах права человека этому не мешают, если вопрос касается публичных политиков и должностных лиц, в отношении которых действует принцип транспарентности (прозрачности). Считается, что если человек идет в политику или на государственную службу, он должен быть открыт для контроля со стороны общества. В России были опубликованы в печати многие данные, когда лица с небольшой заработной платой строят шикарные особняки стоимостью лет в пятьсот их заработной платы (если ее не расходовать на питание и другие потребности жизни), учат детей в дорогих западных университетах. Наследства от богатого американского дяди они не получали. Во многих случаях результаты таких публикаций неизвестны, да и попадают в печать малые данные. Органы власти не принимают закон о пропорциональном налогообложении, хотя, судя по опросам, за это выступает, видимо, большинство населения. Руководители партии большинства, другие лица, баллотирующиеся на высшие должности, не участвуют в предвыборных дебатах с кандидатами других партий. Первоначально такое положение избирательного законодательства считалось как будто обязательным, но затем его истолковали как пожелание. Есть и другие изъяны в демократическом характере государственной власти. Зарубежные исследователи характеризуют государственный режим в России как президентский режим с сильными авторитарными тенденциями¹, говорят, что «парламент в России намного слабее, чем в западных странах»². Таким образом, данная ведущая разновидность публичной власти в России (государственная власть) имеет, видимо, недостаточно развитый демократический характер. Естественно, это находит свое отражение и в других разновидностях публичной власти. Рассматривая ниже эти вопросы в связи с другими видами публичной власти, мы не будем повторять сделанные выводы.

Российское государство лишь в основном правовое. Это относится и к реализации государственной власти. Судебная система работает недостаточно эффективно. Большое количество жалоб

¹ *Jacque J., Jacque J.-P.* Droit constitutionnel et institutions politiques 21-e éd. – P., 2007. – P. 366.

² *Hamon P., Troper M.* Droit constitutionnel. 30-e éd. – P., 2007. – P. 309.



из России на нарушение прав человека, удовлетворенных Европейским судом по правам человека (государству пришлось выплатить значительные компенсации пострадавшим) свидетельствует о недостаточной работе правоохранительных органов. Генеральный прокурор сообщает, что ежегодно в прокуратуру поступает в среднем более 3 млн. жалоб, третья часть жалоб бывает удовлетворена. Но это значит, что каждый год нарушаются восстановленные права одного млн. человек¹. Жалобы на правовой нигилизм, коррупцию, засилье чиновников раздаются и с высоких трибун. Законодательство несовершенно, о чем свидетельствуют, в частности, многочисленные поправки, связанные не с изменением ситуации, а с недоработками. Бывали случаи, когда поправки принимались «вдогонку» к закону, еще не вступившему в действие. Да и сейчас, со ссылками на кризис, с властных трибун иногда звучат призывы: нужно скорее принимать закон, потом поправим. Так и было в 2009 г., когда Государственная Дума приняла в последнем чтении закон о транспортном налоге, а затем, по совету Администрации Президента Российской Федерации, председатель Государственной Думы обратился с просьбой к председателю Совета Федерации наложить вето на этот закон (собственное произведение), что и было сделано. Впоследствии текст был скорректирован усилиями обеих палат парламента и принят².

Государственная власть в России, как и всякая власть, социальна, но российское государство имеет лишь элементы социального государства. Это значит, что государственная власть недостаточно ориентирована на социальные нужды людей, особенно трудового населения. Известно, что доля оплаты труда в стоимости изделий намного ниже, чем в социальных государствах развитых стран. Установленный законом минимальный размер оплаты труда (МРОТ) – с 1 января 2009 г. 4330 руб. в месяц (до этого – 2300, а ранее – 1100) почти в пять раз меньше чем в Чехии (415 евро) и более чем в шесть раз меньше, чем в Испании (600 евро). Соотношение фактически начисленной заработной платы при-

¹ Российская газета. – 2009. – 25 февр.

² Российская газета. – 2009. – 17, 18, 19 нояб.

близительно такое же, а то и менее благоприятное для россиян. Все это – общие цифры, но в сельском хозяйстве, культуре, просвещении в России заработки гораздо ниже, в среднем в 5–8 раз меньше, чем в финансовой системе или в сфере добычи углеводородного сырья. Россия находится на 71-м месте в мире по индексу человеческого развития (из 182 стран, по которым ООН ведет статистику)¹, на девятом по уровню образования, на 130-х местах по продолжительности жизни. Все это докризисные данные, но понятно, что в условиях мирового финансового кризиса ситуация не улучшилась.

В благополучных странах Запада уже три десятилетия назад отказались от дискредитировавшей себя идеи «государства всеобщего благоденствия» (*welfare state*), хотя книги о трех его моделях продолжали издаваться². «Всеобщее благоденствие» не получилось, да и облагодетельствовать в равной мере всех невозможно. Сейчас доминирует концепция, согласно которой государство должно обеспечивать лишь основные нужды человека, но он сам тоже должен заботиться о себе и своей семье. Есть понятие гарантированного государством прожиточного минимума «потребительской корзины». Если доходы человека (членов семьи) ниже, он имеет право на субсидии от государства. Набор потребительской корзины в стоимостном выражении в России невелик, но и при этом по официальным подсчетам около 20 % населения в 2009 г. жили за «чертой бедности», т. е. имея доход на человека ниже потребительской корзины (по другим данным этот процент больше, а в условиях кризиса ситуация, разумеется, не улучшилась). В самых благополучных странах Запада тоже есть определенный процент людей, живущих за «чертой бедности» (менее 2 долл. и 20 центов в день, по другому критерию – менее 4,03 долл.).

Государственная власть в Российской Федерации имеет светский характер (есть и теократические государства, основанные на принципах той или иной религии). В Российской Федерации государство обеспечивает равноправие конфессий и граждан вне

¹ Statistics of the Human Development Report (HDR). – N. Y., 2009.

² См., например, *Goodin R. E., Heady B., Muffels R., Dirven H.-G. The Real World of Welfare Capitalism.* – Cambr., 1999.



зависимости от их веры или атеизма. Однако в государственном гимне есть упоминания о Боге, хотя по результатам некоторых опросов около или более половины граждан считают себя атеистами. Рождество Христова является по существу государственным праздником, иногда проводится освящение военных кораблей и самолетов (т. е. части государственных вооруженных сил), были случаи освящения новых зданий государственных органов или муниципалитетов.

Публичная власть субъекта федерации

В России существуют 83 (с 1 марта 2008 г.) публичных территориальных коллектива на уровне субъектов Российской Федерации и приблизительно 25 тысяч на уровне муниципальных образований. Автономных территориальных образований в России, как говорилось, нет, поэтому вопрос о характере собственной публичной власти территориальной автономии мы затронем только с общетеоретических позиций.

На территории субъекта Российской Федерации действует и не может не действовать государственная власть, представленная и верховенством федерального права, и различными органами федерации (главными управлениями министерств, федеральными судами, органами прокуратуры и т. д.). Вместе с тем, в соответствии с конституционным разграничением предметов ведения субъект Российской Федерации имеет свои властные полномочия. Для их осуществления создаются органы субъекта Российской Федерации – законодательные (законодательные собрания, думы, хуралы и т. д.), исполнительные (главы администрации субъектов Российской Федерации, правительства), судебные (мировые суды, конституционные или уставные суды). Собственных органов прокуратуры, государственной безопасности, иностранных дел, некоторых других органов, вооруженных сил субъект Российской Федерации не имеет, действующие на его территории главные управления многих органов являются органами публичной (а именно, государственной) власти Федерации.

Собственная власть субъекта Российской Федерации, необходимая ему для осуществления конституционных полномочий, как говорилось в Конституции Российской Федерации, в основных законах субъектов Российской Федерации названа государ-

ственной властью, а республики в составе Российской Федерации названы государствами (ч. 2 ст. 5), что повторено и в их основных законах. Таким образом, если буквально следовать текстам основных законов, то на территории России существуют 22 государства (Российской Федерации и 21 республика в составе Российской Федерации), действуют 84 государственные власти, пусть односистемные и одинакового характера, но все-таки юридически, да и по объему полномочий, разные государственные власти федерации и каждого из ее субъектов (для осуществления собственных полномочий каждому субъекту Российской Федерации нужна своя власть). Но, во-первых, налицо явное несоответствие числа государств и «государственных властей», а, во-вторых, ни теорией, ни практикой не опровергнуто утверждение, отчетливо сформулированное еще на опыте двоевластия в России: двух государственных властей в одном государстве быть не может (вторая власть в 1917 г. была представлена системой советов, но они реально действовали как параллельная государственная власть). Губительность ситуации двух властей подтверди события октября 1993 г. в Москве, повлекшие за собой «растрел парламента».

Поставленный вопрос нуждается в конституционном решении. В Конституции Российской Федерации есть базовые ценности, которые останутся неизменными, видимо, в обозримое время, они проистекают из общих ценностей человечества. Такие ценности зафиксированы, в основном, в первой и второй главах, в связи с чем они не могут быть изменены без принятия новой конституции (неизменна также глава 9 о порядке внесения поправок в Конституцию Российской Федерации). Положения о государственной власти субъектов Российской Федерации содержатся в гл. 3, которую изменить можно. Первые примеры внесения поправок в другие главы уже имели место в 2008 г. Сложнее обстоит дело со ст. 5, но вряд ли из-за неприкосновенности соответствующей главы (главы 1) стоит долго сохранять положения, которые не соответствуют реалиям. Сейчас для этого еще не пришло время, да и мировой финансовый кризис требует первоочередного решения других задач. Но вопросы остаются, и понадобятся коллективные усилия науки и практики для их решения.

В зарубежном конституционном праве природа собственной власти субъекта федерации не определена, хотя субъект федера-



ции нередко, но не всегда, называется *state* или *estado*, что означает государство (возможны и иные значения). В США штаты создавались поселенцами как государства, и в науке они долго рассматривались так. Хотя уже после создания федерации (1787 г.) ситуация изменилась, а после гражданской войны 1861-1865 гг. произошла дальнейшая централизация, в конституционном праве и сейчас продолжает ставиться вопрос: кому принадлежит «окончательный суверенитет» – федерации, штатам или народу?¹ В конституциях Мексики 1917 г. и Швейцарии 1999 г. есть упоминания о суверенитете субъектов этих федераций, но они сопровождаются разъяснениями, что это суверенитет во внутренних делах субъекта федерации и в рамках федеральной конституции. Таким, образом речь не идет о государственном суверенитете, по существу говорится о самостоятельности субъекта федерации по осуществлению принадлежащих ему полномочий. Собственного гражданства у субъектов федераций как правило нет (в США есть, но даже американские студенты плохо помнят об этом, ибо почти никаких практических последствий это не влечет, правда, студент, родившийся в данном штате и поступающий в университет штата, платит за обучение несколько меньше, чем другие студенты). Что же касается участия субъектов федераций в международных экономических отношениях (оно в определенной мере имеет место и в России, в зарубежных странах оно довольно развито не только в приграничных районах), то в них субъекты федераций выступают не как властвующие образования (они участвуют в них с ведома министерств иностранных дел федерации), а как субъекты публичного права, но участвующие по существу в частноправовых отношениях. Не будем рассматривать детально вопрос о праве сепарации субъекта федерации. Со времени решения Верховного суда Канады 1998 г. по вопросу о Квебеке в конституционном праве окончательно утвердился тезис: права на одностороннюю сепарацию у субъекта федерации нет, оно существует у национальностей, но только в ситуации национального угнетения и при участии государства и других субъектов федерации в решении этого вопроса.

¹ См.: *Braverman D., Banks W. C., Rodney A. C. Constitutional Law: Structure and Rights in our Federal System.* – N. Y. – P. 1.

Таким образом, в современных условиях субъект федерации не рассматривается как государство. Это – *государствоподобное образование*. Его собственная публичная власть в пределах его предметов ведения не является государственной властью. Это – *государствоподобная несuverенная публичная власть*.

Публичная власть автономного территориального образования

Как говорилось, в мире существует множество территориальных автономных образований. Среди них принято различать политические (государственные) и административные. Первые имеют право издавать собственные законы, вторые принимают только иные акты (постановления и др.), в первые обычно назначается представитель государственной власти (губернатор и др.), в административных, как правило, мелких и менее самостоятельных автономиях, такого представителя нет. Указанные различия имеют условный характер. Автономная Республика Крым – по идее высшая форма автономии (республика) со своим местным парламентом (Верховной радой), но она законы принимать не вправе. Акты с таким названием принимает только Верховная рада Украины. Административная автономия Тибет в Китае по размерам территории в разы превосходит самые крупные государства Западной Европы, а население других крупных китайских автономий превосходит население многих государств Центральной Европы.

Различные формы и политических, и административных автономии не совсем одинаковы по своим полномочиям. Даже в одном и том же государстве – Великобритании – политические автономии Шотландия и Северная Ирландия неодинаковы, как неодинаковы в Китае три формы административной автономии (автономный район, автономный округ и автономные уезды). Тем не менее, публичная власть автономии имеет некоторые общие признаки. Во-первых, автономия существует в унитарном государстве (о существовании автономий в некоторых субъектах федерации в Индии, как исключении, мы упоминали выше)¹. В связи с этим в конституциях госу-

¹ Кроме субъектов федерации в некоторых федерациях существуют союзные территории, федеральные территории. Есть полоса племен в Пакистане, но это не автономии. Нередко это так называемые федеральные владения.



дарств с автономными образованиями как правило (некоторое исключение Испания) нет разграничения предметов ведения и полномочий между государством и автономным образованием (автономными образованиями), что имеет место в отношениях федерации и ее субъектов. Не относится к автономиям и понятие «предметы ведения». Автономиям просто выделяются некоторые полномочия, перечисленные в конституциях (Украина) или в законах (Финляндия). В Китае административные автономии тоже имеют некоторые дополнительные полномочия по сравнению с обычными административно-территориальными единицами. Во-вторых, перечень предметов ведения и полномочий автономии по сравнению с субъектом федерации существенно ограничен. Это не государствовподобные полномочия (как это имеет место особенно в сфере совместных полномочий федерации и субъектов федерации), а полномочия местного (автономного) значения. В-третьих, в отличие от субъектов федераций, которые во многих странах образуются только по территориальному признаку (определенная часть территории государства), хотя редко есть и иные подходы, при создании автономий учитываются этнические, бытовые, географические и иные условия, особенности проживающего в них населения. Поэтому автономиям предоставляются некоторые полномочия, связанные с такими особенностями, например: обучение в начальной школе, судопроизводство или деятельность СМИ на местных наречиях (в Китае особенности населения учитывались и при создании автономий, и при предоставлении дополнительных полномочий, но последние связаны главным образом с различиями автономий и административно-территориальных единиц). В-четвертых, территориальная автономия любого рода не имеет такой полной системы органов власти, как субъект федерации. Даже если у нее есть право законодательства и законодательный орган, она не имеет своих органов правосудия, некоторых других органов.

Таким образом, собственная власть территориальной автономии по осуществлению принадлежащих ей полномочий не является государственной властью. В конституциях государств, их законах ее нигде так и не называют. На территории автономии государственную власть осуществляют органы государства, действуют законы государства. По своим властным качествам собственная публичная власть территориальной автономии (особенно в административной автономии) уступает публичной государст-

воподобной власти субъекта федерации. Ее можно определить как *негосударственную автономную публичную власть*.

Публичная власть муниципального образования

Территория государства издавна делится на различные административно-территориальные единицы (губернии, области, округа, районы, сельские административные единицы), без этого невозможна организация территориального управления. В унитарном государстве наиболее крупные единицы рассматриваются как деление его территории (сельские поселения могут создаваться иногда и органами крупных административно-территориальных единиц), в федеративном государстве административно-территориальное деление – это деление территории субъектов федерации. Муниципальные образования и коммунальные, и региональные (ниже мы скажем о их различиях), как правило, создаются в рамках административно-территориальных единиц и сохраняют их издавна сложившиеся названия. Однако административно-территориальные единицы и муниципальные образования – разные явления. В точном юридическом смысле административно-территориальная единица это населенная территория, не имеющая своей собственности (на ее территории существует государственная и иная собственность) и управляемая назначенными «сверху» чиновниками. Ее население не создает собственной публичной власти в виде избираемых органов, хотя, например, референдумы могут проводиться, но только если они назначены «сверху». Муниципальное образование, его население избирает свои управленческие органы, создает свою общую (муниципальную) собственность, распоряжается ею и решает дела местного значения под свою ответственность. Как говорилось, муниципальные образования могут создаваться в рамках административно-территориальных единиц, но эти явления не всегда совпадают. Отчетливым примером является Москва – субъект Российской Федерации. В Москве создано 10 административных округов (Восточный, Юго-Восточный, Северо-Западный и др.), разделенных в совокупности на 125 районов. Округа – не муниципальные, а административно-территориальные образования. Они управляются назначенными главой правительства г. Москвы



(мэром) префектами. Районы (муниципальные районы), сохранившие исторические названия (Вешняки, Новогиреево и др.) – муниципальные образования, в них граждане избирают собственные органы публичной власти (совет или собрание, мэра). Административные округа в Москве, иные административно-территориальные единицы в других городах (например, в Омске) или в других государствах своего устава не имеют, их положение регулируется актами «сверху». Муниципальное образование само принимает свой устав (на референдуме или его принимают избранные органы).

Формы муниципальных образований, их полномочия, основы организации их органов определяются законами государства, они неодинаковы, но общим является то, что они создаются и их границы изменяются при обязательном участии населения, их полномочия – это вопросы местного значения, которые они решают под свою ответственность, они являются юридическими лицами и имеют свою собственность, которой распоряжаются самостоятельно, они сами создают свои органы для осуществления принадлежащих им полномочий.

В России положение муниципальных образований и их полномочия определяются Конституцией Российской Федерации и Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 г.¹ (с изм. и доп.). Гл. 8 Конституции Российской Федерации (статьи 130–133) устанавливает, что местное самоуправление создается в городах, поселениях и на иных территориях с учетом местных традиций, а изменение территории муниципального обра-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2003. – № 40. – Ст. 3822. Вступление этого закона в силу неоднократно откладывалось или по отдельным статьям или в отношении определенных муниципальных образований из-за отсутствия у большинства муниципальных образований финансовой и иной материальной базы для осуществления полномочий, переданных муниципальным образованиям. Но и теперь лишь небольшая часть муниципальных образований имеют материальные ресурсы, чтобы реально осуществлять свои социальные обязательства. Кстати, и в самых благополучных странах Запада и Востока (Япония) муниципальные образования значительную часть необходимых ресурсов (в Японии более 50%) получают из государственного бюджета.

зования возможно лишь с учетом мнения его населения. Местное самоуправление обеспечивает самостоятельное решение вопросов местного значения, в том числе управление муниципальной собственностью, принятие и исполнение местного бюджета, установление местных налогов и сборов, охрану общественного порядка путем использования институтов непосредственной демократии и создания для этого выборных и иных органов. Их структура определяется населением муниципального образования самостоятельно. Местное самоуправление пользуется правом на судебную защиту, на компенсацию дополнительных расходов, возникающих в результате решений, принятых органами исполнительной власти.

Закон 2003 г. детализирует положения Конституции. Он определяет формы муниципальных образований (поселения, городские округа, муниципальные районы и др.), называет вопросы, решаемые каждым из видов муниципальных образований. Эти вопросы, как правило, различаются несущественно (например, вопросы, решаемые поселением, несколько отличаются от полномочий городского округа, что понятно: город – не село), но в целом они однотипны: всегда речь идет об особой разновидности публичной власти – местном самоуправлении. Сказанное относится и к муниципальному району, у которого есть дополнительные полномочия, и может быть несколько иная структура представительного органа. В связи с этим важно различать не столько городские и сельские поселения, городские округа и т. д., хотя и это нужно делать, сколько две разновидности муниципальных образований: *низовое* (условно говоря, общинное) *звено* и *региональные муниципальные образования*.

В России не всегда делаются необходимые выводы в связи с таким различием. Акцент ставится на внешние формы, организацию представительного органа, но недостаточно предложений о том, как обеспечить единство государственной власти, публичной власти субъекта Российской Федерации и власти муниципального образования. Нередко говорится только об одном: нужно назначать мэров муниципальных образований «сверху», тогда единство власти будет обеспечено. Во многих странах Европы, Латинской Америки и др. сделаны иные выводы. В общинных муниципальных образованиях существуют только избираемые органы местного самоуправления. Если и есть в крупных



общинных муниципальных образованиях чиновники, назначенные «сверху», то это должностные лица отраслевой компетенции (финансы, полиция и др.). Назначенных чиновников общей компетенции (бургомистров, префектов и т. д.) в таких образованиях нет. Однако и в низовых муниципальных образованиях могут возникать вопросы, решение которых требует государственных полномочий (в России – государствовподобных полномочий субъекта Российской Федерации), например, учет военнообязанных, организация призыва в армию, положение иностранцев, проживающих в поселении. В России в таких случаях используются нормы ч. 2 ст. 132 Конституции Российской Федерации. Устанавливается, что органы местного самоуправления могут наделяться законом отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств. Делается это в каждом случае путем заключения договоров между органами муниципального образования и органами публичной власти субъекта Российской Федерации. На практике так передавались полномочия, связанные с военнослужащими, обеспечением необходимым оборудованием инвалидов, некоторыми архивами и др. Отказываться от таких поручений нельзя (закон нужно выполнять), можно лишь обратиться в суд по этому вопросу. В некоторых зарубежных странах используется иной путь. Избранный населением мэр утверждается министром внутренних дел как государственный служащий. Он по обязанности выполняет дела, связанные с вопросами государственного значения, если они возникают в данном поселении. С него и спрашивается, никаких договоров заключать не нужно.

В региональных образованиях в некоторых странах действует иная схема. Наряду с выборными органами (советом, мэром или председателем совета, который осуществляет исполнительную власть муниципального образования) в региональное муниципальное образование (типа района, округа, области) назначается правительством государства (в нижестоящие звенья министром внутренних дел, в самые высокие образования – иногда даже главой государства) представитель государства – чиновник общей компетенции (губернатор, регидор, префект и др.). Он руководит всеми отраслевыми должностными лицами, выполняющими на территории регионального муниципального образования государственные функции.

Из сказанного видно, что в любом муниципальном образовании существует своя публичная власть, источником которой является народ (население муниципального образования). Она всегда действует наряду с государственной властью (в федерациях также наряду с государствовподобной властью субъекта федерации, а иногда властью территориальной автономии, в состав которой входит муниципальное образование), хотя формы организации той, другой, третьей, их полномочия неодинаковы. Какое-то сочетание имеет место даже в самом мелком муниципальном образовании, где нет никаких должностных лиц, назначенных от государства или субъекта федерации, и действуют лишь сход и избранный им староста, ибо и в таком муниципальном образовании действуют законы государства. Таким образом, в любом муниципальном образовании есть своя публичная власть. Это власть негосударственная. Ст. 2 Конституции Российской Федерации устанавливает, что органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Местное самоуправление – это *негосударственная муниципальная (местная) публичная власть*.

Самоорганизация коренных народов и элементы родо-племенной публичной элементы публичной власти

По данным ООН в мире проживает 370 млн. человек, относящихся к коренным народам¹. В России численность 45 коренных малочисленных народов (они названы в постановлении Правительства Российской Федерации от 24 марта 2000 г.)² составляет около 500 тыс. человек, то есть около 0,3 % населения страны. К коренным народам относятся индейцы в Канаде и США, маори в Австралии и Новой Зеландии, есть различные коренные народы в странах Востока (ассирийцы, халдеи и др.). Не все они живут компактно, многие рассеяны. Поэтому территориальные публич-

¹ См.: Андриченко Л. В. Регулирование и защита прав национальных меньшинств и коренных малочисленных народов в Российской Федерации. – М., 2005. – С. 16.

² См.: Российская газета. – 2000. – 5 апр.



ные коллективы существуют не у всех коренных народов и, следовательно, не всегда может возникнуть особая форма их публичной власти или ее элементы. В 2007 г. после 22-летних дебатов Генеральная ассамблея ООН приняла Декларацию о правах коренных народов¹, она относится именно к их компактным группам, права отдельных индивидов определяются в соответствии с общими положениями о правах человека и гражданина.

В Декларации ООН содержатся многие очень важные демократические положения (о территории, о культуре, обычаях и традициях, об автономии или самоуправлении и т. д.). Вместе с тем, по некоторым вопросам, в том числе по вопросу о публичной власти, в Декларации есть неточные положения. В ней говорится о праве коренных народов на самоопределение и в связи с этим о праве свободно устанавливать свой политический статус. Автономия компактно проживающих коренных народов возможна. Пока что в форме публично-правового образования она существовала в СССР в виде автономных округов (в настоящее время их статус повышен, они – субъекты Российской Федерации), существует в Никарагуа (два автономных округа крупных индейских племен). Возможны и иные формы самоопределения, но вряд ли можно говорить о политическом самоопределении, т. е. создании тем или иным коренным народом собственного государства. В России 7 коренных народов имеют численность менее тысячи человек, энцы на Таймыре насчитывают 237 человек, аа-люгорцев в Карелии всего 12². Аналогична ситуация с некоторыми индейскими племенами в Канаде и США. Маори в Австралии и Новой Зеландии в основном живут компактно, но есть и изолированные группы. В этих условиях политическое (государствен-

¹ При принятии Декларации 11 государств, в том числе Россия, воздержались. Австралия, Канада, Новая Зеландия и США выступили против. В связи с принятием Декларации австрийские власти заявили, что не допустят ситуации, при которой традиционные обычаи аборигенов окажутся важнее законов государства (нации). Канадское правительство посчитало, что некоторые положения Декларации несовместимы с законами страны. См.: Российская газета. – 2007. – 15 сент.

² См.: Аргументы и факты. – 2009. – № 18. – С. 5.

ное) самоопределение и, следовательно, государственная власть того или иного коренного народа невозможны. Нужно искать иные пути осуществления власти таких этносов. Они возможны не только путем различных (в том числе фиксированных законами норм представительства в органах государства, субъектов федераций, автономных и муниципальных образований), но и в специфических формах самоорганизации коренных малочисленных народов.

В России действуют несколько федеральных законов, определяющих статус коренных малочисленных народов: «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации (1999 г. с поправками), «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» (2000 г. в ред. 2006 г.), «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» (2001 г. в ред. 2007 г.). Существует и другое законодательство по этим вопросам, в том числе есть законы субъектов Российской Федерации (например, в Ханты-Мансийском автономном округе – Югра). Не будем рассматривать вопросы землепользования (хотя важно отметить, что коренным народам предоставляется право участвовать в контроле за использованием земель в их регионах другими собственниками, что иллюстрирует публичные полномочия) остановимся только на вопросах самоопределения, самоорганизации и публично-правовых полномочиях.

В соответствии с законодательством коренные народы России самоопределяются путем самоорганизации родовых общин. Это – некоммерческие организации, куда вступают добровольно. Община принимает свой устав и является юридическим лицом. Ее органами являются общее собрание и избираемые им другие органы (правление или совет, ревизионная комиссия и др.). Общее собрание, правление могут принимать решения, обязательные для членов общины и в определенной мере распространяющиеся на территории природопользования общины, ибо на нее возложена, в частности, обязанность следить за сохранением биологического равновесия этих территорий. На основе обычаев (они не должны противоречить законодательству) община при-



нимает обязательные для ее членов решения (например, о времени и месте выпаса оленей, сборе дикорастущих растений, охоте и т. д.). Таким образом, община с учетом прав ее контроля в отношении территорий ее природопользования, где могут находиться и проживать другие пользователи, обладает некоторыми элементами специфической родо-племенной публичной власти.

Формой самоорганизации саамов в Норвегии, Финляндии, Швеции является создание в 90-х гг. XX в. саамских парламентов в каждой из этих стран и образование в 2000-х гг. общего саамского парламента трех стран из представителей местных саамских парламентов в соответствии с Северной саамской конвенцией, заключенной правительствами трех стран. В Конвенции признается право на самоопределение саамов, но в определенной мере: саамский народ вправе самостоятельно определять основные направления своего экономического, социального и культурного развития, распоряжаться для собственной выгоды своими природными ресурсами. Таким образом, это не право на территориальное самоопределение. В каждой стране избираются саамские парламенты, охарактеризованные в Конвенции как высшие представительные органы саамского народа. Порядок выборов устанавливается законами каждой страны. Ст. 39 Конвенции устанавливает, что саамские парламенты имеют право участвовать в публичном управлении территориями саамов по определенным вопросам: в связи с управлением земельными, водными объектами и природными ресурсами. Саамские парламенты вправе создавать совместные саамские органы трех стран, которым, как устанавливает Конвенция, «по мере необходимости будут передаваться функции публичной власти».

При решении вопросов, имеющих первостепенную важность для саамов, должны проводиться переговоры с саамскими парламентами прежде чем публичные власти государства примут решения. Без согласия соответствующего саамского парламента государство не будет принимать меры, которые могли бы существенно повредить основам саамской культуры, промыслов и саамского общества. Кроме того, саамские парламенты имеют представительство в коллегиальных органах, где принимаются решения, затрагивающие интересы саамов. Парламенты государств, их комитеты, другие органы государства должны принимать

представителей саамов для докладов по вопросам, представляющим интерес для саамов.

Для регулирования своих отношений саамы вправе использовать обычаи, но до их использования должны быть проведены тщательные расследования о существовании такого обычая. Обычаем, в частности, определяются местности и сроки выпаса оленей по разные стороны государственных границ.

Резервации – искаженная форма организации жизни коренных народов. Они создавались или насильственным путем, или в результате кабальных договоров с племенами (племена по англо-саксонскому праву рассматривались как особые субъекты правоотношений), когда за бесценок у коренных народов отбирались их земли, а они переселялись в другие, большей частью неплодородные места (за 24 доллара и небольшое количество «огненной воды» был куплен у старейшин племени Манхэттен – центр современного Нью-Йорка).

Теоретически во всех англосаксонских странах признается суверенность племен на территории их резерваций, действуют установленные ими правила (если они не противоречат законам). В США каждое племя в резервациях (есть и племена вне резерваций) принимает свой основной документ (конституцию или хартию) по типовому образцу, разработанному министерством внутренних дел, но племена не вправе вступать в отношения с иностранными государствами, чеканить собственные деньги, иметь свои вооруженные отряды и т. д., хотя в США они имеют свою полицию.

В резервациях избирается племенной совет, его председатель, создаются общинные суды (именно общинным судам подчинена племенная полиция). Общинные суды вправе рассматривать некоторые гражданские, административные и даже уголовные дела. На территориях резерваций применяется лишь федеральное законодательство (в Новой Зеландии – законодательство государства), штаты (провинции в Канаде) не вправе регулировать правовое положение племен.

Таким образом, во всех странах компактно проживающие коренные народы в той или иной форме обладают самоорганизацией. В какой-то мере в отдельных странах ее можно рассматривать как специфическое осуществление права на самоопределение



в форме родовых (племенных общин). Иногда такая самоорганизация явилась следствием принуждения и даже насилия (резервации), но и в резервациях существуют элементы публичной власти. Это *элементы родо-племенной публичной власти*.

Сделаем некоторые выводы.

В демократическом, социализированном и коллективизированном обществе XXI в. власть народа должна осуществляться и в некоторых государствах в определенной мере осуществляется на разных уровнях и в разных формах. Уровни – это территориальные публичные коллективы разных ступеней – от общества, публичная власть которого представлена суверенной властью государства, до низового муниципального образования. Элементы родо-племенной публичной власти есть даже в формах территориальной (хотя в некоторых странах – подвижной) самоорганизации некоторых коренных малочисленных народов.

Всесторонне понять реализацию такой власти невозможно без разработки концепции территориальных публичных коллективов. На каждом уровне такого коллектива его население, народ, как часть народа страны, создает свои публично-правовые образования. Непосредственно народом (выборы, референдум и др.) или через органы такого образования, создаваемые в конечном счете территориальным публичным коллективом, осуществляются в рамках конституции и законов государства и в соответствии с ними полномочия, принадлежащие в своей основе народу территориального публичного коллектива. Это и есть реализация различных видов публичной власти, ее элементов.

Опыт разных стран мира позволяет выделить четыре разновидности публичной власти с точки зрения их юридического, публично-правового характера: суверенную государственную власть, государствовидную несuverенную власть субъекта федерации, автономную публичную власть и публичную власть местного самоуправления, все они в одном и том же государственно организованном обществе имеют одинаковую социальную природу. Элементы своей публичной власти существуют в формах самоорганизации власти. Социальным источником своей публичной власти, ее элементов являются народы соответствующих публично-правовых образований, форм общинно-племенной самоорганизации коренных народов.

Органы публичной власти разных уровней сотрудничают и не могут не сотрудничать, взаимодействуют на основе принципов субсидиарности и пропорциональности¹. В России они являются звеньями публичной власти всего российского многонационального народа, делают общее дело. Все они занимаются публичным управлением, как предполагается, в конечном счете, в целях благополучия народа. Поэтому в современных условиях в демократическом государстве при разделении предметов (сфер) ведения, органов и их функций существует единая система публичной власти народа. В этой системе существует своя иерархия и своя автономия. Высшей формой публичной власти является государственная власть. Она является источником предметов ведения и полномочий других публично-правовых образований, но последние обладают своей автономией при осуществлении таких полномочий в рамках конституции и законов.

Некоторые положения российской конституции по вопросам власти в обществе на разных его ступенях нуждаются в изменениях и уточнениях. Однако это не значит, что делать их надо немедленно, «здесь и сейчас». Нужна тщательная подготовительная работа с участием специалистов разного профиля. Системный подход к указанной проблематике с одновременным выяснением наиболее целесообразных сфер регулирования и организации различных видов публичной власти может сделать научные исследования более эффективными, а практику управления в обществе более рациональной.

Библиографический список:

1. Андриченко Л. В. Регулирование и защита прав национальных меньшинств и коренных малочисленных народов в Российской Федерации. – М., 2005.
2. Китайская Народная Республика. Конституция и законодательные акты / Под. ред. Л. М. Гудошниковой. – М., 1984.

¹ Субсидиарность в конституционном праве означает, что властные полномочия осуществляются на том уровне, где для этого имеются наилучшие условия, некоторые из них могут передаваться на другой уровень, если этому не препятствует конституция и закон и если против этого не возражают органы того уровня, куда полномочия передаются. Есть и иные толкования это принципа. Пропорциональность означает соответствие мер, предпринимаемых публичной властью, реально сложившимся условиям, хотя существуют и иные трактовки.



3. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – 1925.
4. Уставы краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. – М., 1997.
5. *Braverman D., Banks W. C., Rodney A. C.* Constitutional Law: Structure and Rights in our Federal System. – N. Y. – P. 1.
6. *Engels F.* Deur Ursprung der Familie, des Privateigentum und des Staates. Im Anschluss an Lewis H. Morgan Forschungen. – Berlin, 1925.
7. *Goodin R. E., Heady B., Muffels R., Dirven H.-G.* The Real World of Welfare Capitalism. – Cambr., 1999.
8. *Hamon P., Troper M.* Droit constitutionnel. – 30-e éd. – P., 2007.
9. *Jacque J., Jacque J.-P.* Droit constitutionnel et institutions politiques 21-e éd. – P., 2007. – P. 366.
10. Statistics of the Human Development Report (HDR). – N. Y., 2009.

К вопросу о концепции развития предпринимательского (хозяйственного) права в современных условиях

предпринимательское право; хозяйственное право; государство; модернизация

И. В. Дойников

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Московского гуманитарного университета

Как известно, в конце 2009 года в МГУ им. М. В. Ломоносова прошел Первый Российский экономический конгресс. Материалы указанного конгресса показывают, как представители экономической науки решают проблемы модернизации экономики России и как эти проблемы решают представители науки гражданского и предпринимательского права. Экономическая научная элита страны собралась на свой профессиональный конгресс, организованный Российской академией наук.

Для участия в конгрессе зарегистрировалось почти 1300 представителей. Было представлено 1025 докладов. В программе конгресса прошло 24 «круглых стола», работало более 60 секций по актуальным проблемам российской экономики, 15 тематических конференций, включая специальную, – «Мировой экономической кризис». На ней было презентовано 13 проектов¹.

Модернизация бросает государству несколько вызовов, которые придется принять, заявил директор Института Европы

¹ Зыкова Т. Кто проспал кризис. Ученые диагностируют состояние российской экономики // Российская газета. – 2009. – 8 дек. – № 234.



РАН академик Николай Шмелев. **Первый** – это борьба с энерго-сырьевыми, торговыми, строительными, спиртовыми, фармацевтическими и другими монополиями. Они, по данным Шмелева, приняли в стране «невероятный размах», получая норму прибыли в пятьсот и в тысячу процентов. От этих прибылей, поясняет Шмелев, монополисты не намерены отказываться. **Второй вызов**, убежден академик Шмелев, без государства модернизация невозможна. И вероятнее всего, создавать инновационные крупные предприятия придется с участием государства. **Третий вызов – сегодня необходимо менять практически все законодательство**, добавил директор института современного развития профессор Юргенс. **Четвертый вызов** – на страже интересов монополий стоят «мощные охранители». И борьба за новый путь России, предупредил Игорь Юргенс, будет разворачиваться на глазах всего общества¹. **Пятый вызов** – преодолеть мифологию экономической науки и отсутствия реализма в оценке объективного состояния дел. Как считает академик РАН В. Полтерович, у нас недостаточно преподавателей, которые могут читать современные курсы лекций для магистрантов и аспирантов. У нас отсутствуют учебники продвинутого уровня по большинству экономических дисциплин².

На Первом Российском экономическом конгрессе научным сообществом экономической науки сегодняшней власти были выработаны следующие **рекомендации**:

Во-первых – при правительстве необходимо создать экспертный совет экономистов, состав которого будет предоставлен парламенту. С таким предложением, одобренным многими его коллегами, выступил профессор Московской школы экономики, старший научный сотрудник Института США и Канады Александр Дейкин.

Накануне на форуме вице-премьер, министр финансов Алексей Кудрин упрекнул ученых в том, что они проморгали кризис. С чем те категорически не согласились, так как уверены – власть их просто не слышит.

¹ Зыкова Т. Кто проспал кризис. Ученые диагностируют состояние российской экономики // Российская газета. – 2009. – 8 дек. – № 234.

² Зыкова Т. Именем реформы. Появятся ли российские экономические реалии в учебниках экономики // Российская газета. – 2009. – 15 дек. – № 240.

«Неизвестно, под влиянием каких экономических преобразований сегодняшние монетарные власти принимают те или иные решения в денежно-кредитной, валютной политике», – сетовал Дейкин. По его мнению, «совет экономических мудрецов» поможет предоставлять наиболее взвешенные и беспристрастные оценки и рекомендации, как в годы благоденствия, так и кризиса. Кстати, такие структуры давно созданы при власти в Германии и США.

Во-вторых – эпоха финансовых пузырей, которая привела к кризису, будет продолжена. Свободное бонусообразование, считает директор института экономики РАН Руслан Гринберг, вновь приведет к избыточному применению рискованных финансовых инструментов со стороны менеджеров и к вздутию все новых финансовых пузырей. Борьба с этим глобальным общим злом Гринберг предлагает на уровне мирового правительства – стран «двадцатки».

В-третьих – ученые-экономисты делают ставку на **аграрный сектор**. Способы подъема сельского хозяйства предлагаются разные. Одни из экономистов считают перспективным развитие крупных комплексов. Кто-то подчеркивает, что 500 крупных латифундистов, которые владеют сегодня 60 процентами российских земель, напротив, только навредят. И будущее не за агрохолдингами, а за сельскохозяйственными кооперативами. Но им необходима финансовая господдержка.

В-четвертых – экспорт капитала. «Первые лица государства предлагают западным инвесторам вкладывать в Россию деньги. Зачем – непонятно, если собственный капитал из страны вывозится», – недоумевает Руслан Гринберг. По его словам, на один доллар западных инвестиций из России уходит 3–4 доллара в другие экономики. Вывод один – с валютной либерализацией пора заканчивать, хотя бы временно.

В-пятых – не принимать наспех законов, когда они не срабатывают. В пример директор Центрального экономико-математического института РАН академик В. Макаров привел недавний закон, позволяющий создавать в вузах малые компании: в законодательную систему России он не вписывается, так как противоречит многим положениям других норм и документов¹.

¹ Зыкова Т. Академики просят совета. Экономисты хотят напрямую консультировать правительство // Российская газета. – 2009. – 9 дек. – № 235.



В-шестых – для модернизации экономики, по мнению Президента Новой экономической ассоциации, академика РАН В. Полтеровича, необходимо создать систему, в которой все элементы экономической жизни – макроэкономическая, промышленная, внешнеторговая, социальная политика, финансовая система – были бы синхронизированы и работали в унисон, поддерживая быстрый экономический рост. А для этого должен быть создан ряд новых институтов¹.

Динамика социально-экономического развития России в конце XX в. – начале XXI века показывает заинтересованность общества в ускоренной модернизации. Наша экономическая и юридическая мысль должна заниматься не тем, как спасти теневую экономику, а, оттолкнувшись от нашего позитивного опыта прошлого и учитывая позитивные ценности, созданные европейской цивилизацией, разработать детальный проект движения страны по новому пути развития. Именно этот проект может лечь в основу российской национальной идеи, так не хватающей нашему обществу.

2009 год, несомненно, станет самым непростым в истории постсоветской России, как пишет доктор экономических наук, профессор Н. Крический в статье «Постпикалевская Россия: новая политико-экономическая реальность». Несмотря на несравнимо более благоприятные внешние условия для развития экономики по сравнению с кризисным 1998 г., в этом году ситуация остается крайне тяжелой. По итогам I-го полугодия 2009 г. ВВП страны снизился на 10,1%, промышленное производство сократилось на 14,8%, инвестиции – на 18,2%. Если текущая негативная динамика сохранится и во II-м полугодии, то 2009 г. будет одним из наиболее провальных за последние сто лет: в прошлом столетии больший спад ВВП России фиксировался лишь в 1917 г. (–18,2%), в 1993 г. (–14,5%) и в 1995 г. (–12,7%).

В отличие от западных стран и Китая, избравших в качестве своей стратегии поддержку отдельных отраслей и стимулирование потребительского спроса, правительство Российской Федерации выбрало «ручное управление» экономикой и выделило

¹ Зыкова Т. Именем реформы. Появятся ли российские экономические реалии в учебниках экономики // Российская газета. – 2009. – 15 дек. – № 240.

295 избранных, «системообразующих» предприятий, которые должны были получить соответствующую помощь.

«Программа антикризисных мер Правительства Российской Федерации на 2009 год» направлена не на модернизацию экономики или развитие предпринимательской инициативы, а на консервацию существующей сырьевой экономической модели в надежде на скорое восстановление мировых рынков, в первую очередь – рынков нефтяных фьючерсов и металлов. Стоит добавить, что «Программа» и не могла быть успешной, так как поддержка отдельных банков и компаний в условиях монополизированной и бюрократической экономики вряд ли поспособствовала бы удержанию на плаву их клиентов и контрагентов.

В США и Западной Европе акценты сделаны на усиление конкуренции, повышение эффективности производства, технологическое обновление, при этом власти признают, что часть неэффективных компаний должна прекратить свое существование или сменить собственников. В России же политики неустанно повторяют, что не хотят перераспределения собственности или национализации ведущих компаний. В этом усматривается **критическая по своей значимости ошибка нынешнего политико-экономического курса, обусловленная сложившейся структурой экономики, ошибка, способная привести к полному экономическому коллапсу.**

Согласно выводам авторов, олигархические структуры установили практически тотальный контроль над российской экономикой, а бедственное положение промышленности во многом создано искусственно¹.

В статье «Россия вперед» и в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию России в 2009 году Президент Российской Федерации Д. А. Медведев заявил², что страна зашла в тупик и необходимо сменить вектор развития. Па-

¹ Кричевский Н. Разоблачение олигархов. Почему бизнесмены просят помощи у государства и на что ее тратят // Известия. – 2009. – 17 авг.

² Послание Президента Российской Федерации Д. А. Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации в 2009 году // Российская газета. – 2009. – 13 нояб. – № 214.



радокс заключается в том, что выбор Россией стратегии перехода к рынку был сделан в конце 1991 года в пользу навязанной определенными западными кругами концепции «шоковой терапии», представляющей собой радикальный вариант крайне либерального подхода к вопросу экономической политики, выход из кризиса планируется властью в соответствии с рецептами все той же школой идеологического либерализма.

Хаотическая ломка структуры российской экономики в ходе радикальной реформы, пишет академик РАН С. Глазьев, привела к ее дезинтеграции и распаду некогда целостных технологических цепочек на автономные элементы, частично встроившиеся во внешние воспроизводственные контуры. «Сухим остатком» этой политики стал вывоз из России более полутриллиона долларов капитала, половина из которого осуществлена самим государством.

Игнорирование структурных особенностей российской экономики и линии на самоустранение государства от ответственности за ее регулирование – в надежде на автоматическое действие механизмов рыночной самоорганизации – спровоцировало процессы дезинтеграции экономики и нарастания хаоса¹.

В 90-е годы XX века в России проводилась политика **деиндустриализации**. Это не метафора, именно это страшное слово произносилось руководством страны. Динамика процесса наглядно проявлялась в сотнях натуральных показателей. Более того, эта политика была осознанной, под нее подводилась целая философская база. Говорилось, что «советское хозяйство» работало само на себя, что в стране производилась масса ненужного металла, ненужной электроэнергии и т. д. С такими заявлениями выступали политики и академики – Е. Т. Гайдар, Е. Г. Ясин, А. Г. Аганбегян, А. Н. Яковлев. От этой политики перейти к политике развития требуется совершить, как говорил И. Манделштам, «огромный, скрипучий поворот руля», сменить и философию и стоящих у руля ее приверженцев и главное, потоки материальных ресурсов. В этом суть послания Президента к Федеральному собранию Российской Федерации в 2009 году².

¹ Глазьев С. Родина в опасности. – М., 2009. – С.154.

² Модернизация: Пути и средства. Эксперты РГ о проблемах реализации задач, поставленных в Послании президента // Российская газета. 2009. – 27 нояб. – № 226.

В экономической теории промышленной политики уделялось и уделяется недостаточно внимания. В плановой экономике Советского Союза это объяснялось сложившимися традициями существования не подлежащей «ревизии» «генеральной линии партии» и «экономической политики КПСС». Ни в политической экономии, ни в конкретных экономических дисциплинах промышленная политика не выделялась в качестве самостоятельного направления. Велись разработки проблем хозяйственного механизма, оптимального функционирования экономики, размещения производительных сил, программно-целевого планирования, научно-технического прогресса и т. п. Но не принято было обсуждение вопросов развития промышленности сопровождать дискуссией по поводу той или иной политики¹.

В экономической науке западных стран идеологическая регламентация также имеет место. Вместо «генеральной линии партии» там существуют «основное течение» («мэйнстрим»), которое испытывает по отношению к политике государства сильную идеологическую неприязнь. В рамках теоретических моделей «мэйнстрим» нет места позитивному рассмотрению вмешательства государства в экономику. Хотя существует обширная литература по обоснованию экономической политики, она в «основное течение» не входит.

Один из теоретиков «социального рыночного хозяйства», В. Ойкен, ставший «духовным отцом» экономических реформ в послевоенной Западной Германии, критически относился к либеральным приложениям «мэйнстрим», касающимся «свободного рыночного хозяйства» без государственного регулирования. В. Ойкен разработал теоретическое обоснование для проведения активной экономической политики, рассматриваемой в качестве важнейшего фактора построения социально ориентированной рыночной экономики. При проведении рыночных реформ в России теоретический и практический опыт экономической политики по созданию социального рыночного хозяйства был, по существу, проигнорирован. Это произошло, несмотря на то, что идеологи российских реформ были знакомы с работами В. Ойкена. Но они взяли из них лишь критику централизованного управления, доведя ее до гипертрофических размеров.

¹ Алиев Б. Х. Промышленная политика и экономика. – М. 2000. – С. 5–6.



Промышленность как важнейшая отрасль народного хозяйства, основа экономического и оборонного потенциала страны определяет уровень развития общества и не может не быть в центре внимания государства. Прежде всего, промышленная деятельность объективно нуждается в развитой и хорошо скоординированной системе государственного регулирования. В сложившейся кризисной ситуации государство обязано взять на себя также ответственность за поддержку промышленности, используя для этого стимулирующее развитие рыночных отношений. Важно воспрепятствовать, в том числе имеющимися правовыми средствами, развитию процесса деиндустриализации России, сохранить промышленный и научно-технический потенциал как базу возрождения ее экономики.

Опыт стран с развитой рыночной экономикой свидетельствует, что чем выше уровень индустриального развития, тем всеохватней и глубже становится регулирующее воздействие государственного механизма на экономику в целом и на промышленный комплекс. Понятно, что для этого нужна стабильная и выверенная правовая система.

Обратимся к историческому опыту и практике зарубежных государств. В Российской империи до судебной реформы 1864 года было более 150 различных узаконений, регулирующих отдельные стороны деятельности фабрично-заводской и ремесленной промышленности, первые из которых были изданы в 1719 году¹.

На их основе был создан единый кодифицированный нормативный акт – Устав о промышленности 1887 года, новая редакция которого появилась в 1893 году.

Устав состоял из трех книг, 7 разделов, 30 глав и 528 статей и действовал до революции 1917 года. Он определял виды фабрично-заводской промышленности и ремесленной деятельности, основы управления заводами, фабриками и мануфактурами и контроля за их деятельностью со стороны государства; порядок учреждения заводов и фабрик, права и обязанности их владельцев, порядок предоставления льгот и преимуществ владельцам фабрик и заводов при осуществлении выгодной государству промышленной деятельности, порядок учета образцов промышлен-

¹ Развитие русского права в первой половине XIX века / Отв. ред. Е. А. Скрипелев. – М., 1994. – С. 68.

ной продукции, клеймения товаров, а также правила производства по делам о нарушении промышленных и ремесленных постановлений. В отдельных главах содержались нормы об отдельных видах промышленной деятельности: производстве пороха, взрывчатых веществ, золотых и серебряных изделий, минеральных масел, нефти и продуктов ее перегонки, а также нормы трудового и пенсионного законодательства.

Кроме того, был принят Горный устав, который регулировал деятельность горнодобывающих предприятий. Действовали и нормативные акты отраслевого характера¹.

Законодательство иностранных государств, регулирующее промышленную деятельность, достаточно развито и обширно. В одних странах это один законодательный акт, опирающийся на нормативные акты меньшей юридической силы, в других – система законодательных актов, комплексно перекрывающих всю промышленную деятельность.

Так, испанский закон о промышленности, принятый в июле 1992 года, закрепил принцип свободного основания промышленного производства. Одновременно был установлен разрешительный порядок для отдельных его видов, опасных для общества. Закон сформулировал цели программ содействия развитию промышленности, определил механизм государственного воздействия на эту сферу. В законе урегулированы общие вопросы промышленной безопасности и качества выпускаемой продукции. Специальный раздел посвящен промышленной статистике и информации. Установлены санкции за нарушение закона, порядок их применения и полномочия соответствующих органов.

В США, Германии действуют по несколько десятков законодательных актов, регламентирующих как общие вопросы промышленной деятельности, так и частные проблемы отдельных отраслей: атомной, военной, горнодобывающей².

В сфере правового регулирования в области промышленности ныне действует более 200 различных нормативных актов. Эти

¹ Развитие русского права во второй половине XIX – начале XX века / Отв. ред. Е. А. Скрипелев. – М., 1997. – С. 102.

² *Конотопов М. В., Сметанин С. И.* История экономики зарубежных стран: Учебник. – М., 2007. – С. 224.



акты появлялись тогда, когда необходимо было срочно решить тот или иной вопрос, издавались на разных этапах реформ, а поэтому плохо согласованы между собой и нередко противоречат друг другу. В отечественной законодательной практике сложился подход к разработке законов конкретной отраслевой направленности. Так, подготовлены Федеральные законы, регулирующие отдельные аспекты промышленной деятельности: «Об использовании атомной энергии», «Об электроэнергетике», «О драгоценных металлах и камнях», «О государственном оборонном заказе», «О поставках продукции для федеральных государственных нужд», «Об отходах производства и потребления», «О свободных экономических зонах», «О концессионных договорах», «О промышленной безопасности опасных производственных объектов».

Эти законы разработаны различными ведомствами, разноплановы и не состыкованы между собой. И главное – в своей совокупности они законодательно не перекрывают всю промышленную деятельность.

Неупорядоченность правового регулирования, несомненно, создает дополнительные сложности в осуществлении промышленной деятельности, препятствует, наряду с другими причинами, продвижению реформ и развитию предпринимательской активности.

Комитетом по экономической политике и предпринимательству Государственной Думы Российской Федерации подготовлен законопроект «О развитии промышленности». Этот закон должен соответствовать новому типу экономики России, которая может быть создана в ходе реализации «Стратегии 2020»¹.

Представляется, что такой закон должен комплексно регулировать все стороны промышленной деятельности, независимо от форм собственности, отраслей промышленности и категорий промышленных производств. В его состав должны быть включены нормы государственного, административного и гражданского права, войти как нормы прямого действия, так и значительное число отсылочных норм.

Появится достаточно стабильная и авторитетная юридическая база для последовательного и целенаправленного развития

¹ Соколова М. Готовится промышленная «конституция» // Парламентская газета. – 2008. – 10 июля. – № 45.

нормативного регулирования указанной сферы, что позволит избежать принятия противоречивых, дублирующих и противоречащих друг другу актов. Правовое регламентирование отдельных отраслей промышленности или видов промышленной деятельности, имеющих свою особую специфику, и после принятия закона может осуществляться специальным законодательством, но издаваемым на основе и с учетом положений базисного закона.

Задача гражданского и предпринимательского права – переосмысление либерально-западного научного багажа, преодоление растерянности и преклонения перед западной юридической наукой, развитие идей национальной философии хозяйствования, проведение исследований актуальных народнохозяйственных проблем с учетом принципа экономической безопасности, формирование новых научных направлений на основе национально-государственного подхода, и обеспечения в стране экономического публичного правопорядка¹.

24 июня 2009 года в Московской академии экономики и права было проведено совещание заведующих кафедрами гражданского и предпринимательского (хозяйственного) права на тему «Концепция развития гражданского законодательства и проблемы предпринимательского (хозяйственного) права»².

Совещание было организовано секцией «Предпринимательского права» Учебно-методического объединения по юридическому образованию высших учебных заведений и редакцией журнала «Предпринимательское право».

В выступлениях участников совещания отмечалось, что опубликованный документ (Концепция развития гражданского законодательства) представляет из себя семь разрозненных концепций, не объединенных между собой общими целями и задачам. В опубликованном документе не проведен анализ развития гражданского законодательства с 1994 года.

В опубликованном документе остались не рассмотренными (в условиях провозглашения Гражданского кодекса Российской Фе-

¹ Мамутов В. К. Важное направление правового обеспечения экономики – кодификация: Научный доклад. – Донецк, 2009. – С. 10.

² Предпринимательское право. – М., 2009. – № 4.



дерации «экономической конституции») вопросы правового регулирования: конкуренции на товарных рынках, качества продукции, работ и услуг (технического регулирования), ценообразования, инвестиционной деятельности, бухучета и аудита, хозяйственной деятельности в Свободных экономических зонах.

Также остались не рассмотренными вопросы правового регулирования промышленной и инновационной деятельности.

Опубликованный документ обошел вниманием проблему развития законодательства о хозяйственных объединениях (производственно – хозяйственные комплексы), составляющих экономическую основу промышленного развития современных западных европейских государств и США.

По мнению участников совещания, в опубликованном документе не удовлетворительно решен вопрос о делении юридических лиц на коммерческие и некоммерческие организации, не представлены положения развития законодательства о коммерческом посредничестве.

В Концепции законодательства о вещных правах отсутствуют доктринальные разработки использования их в предпринимательском обороте, а так же отсутствует теоретическая разработка использования государственного имущества в хозяйственном обороте.

В опубликованном документе, по мнению участников совещания, не рассмотрены теоретические положения о предпринимательских сделках (банковские, страховые, транспортные, в сфере капитального строительства и др.), что приводит к препятствию развития предпринимательской деятельности в России.

Опубликованный документ не может называться Концепцией развития гражданского законодательства. В нем не сформулированы причины разработки Концепции, не указаны цели и задачи, отсутствуют теоретические разработки узловых проблем правового регулирования развития рыночной экономики. Представленная концепция не способствует реализации стратегии социально – экономического развития России до 2020 г. и не обеспечивает соблюдение требований национальной безопасности, так как выполнена в форме внесения многочисленных изменений в текущее гражданское законодательство (штопка дыр).

На научных конференциях¹ дана следующая оценка Концепции развития гражданского законодательства:

1. Не соответствует стратегии модернизации России, выдвинутой Президентом Российской Федерации, так как она (Концепция развития гражданского законодательства) разработана, исходя из подходов как и законодательство начала первой половине 90-х годов XX века, приведших законодательство России к системному кризису.

2. Концепция развития гражданского законодательства в принципе не может быть выстроена в условиях отсутствия четких целей экономического развития у государства (наличие отдельных национальных проектов не заменяет отсутствие комплексной программы социально-экономического развития страны).

3. Формирование концепции развития гражданского законодательства затруднено, поскольку власть плетется в хвосте событий, работает не с причинами, а со следствиями, не успевает за ситуацией (хотя настоящая политика связана с опережением обстоятельств, с предвидением новых «ходов» реальности, предполагает прогнозирование, планирование и т. п.).

4. Формирование концепции развития гражданского законодательства затруднено отсутствием полноценной правовой поли-

¹ Международная научно-практическая конференция, посвященная 15-летию принятия Конституции Российской Федерации, 4–5 декабря 2008 г. – М., Юридический факультет МГУ им. М. В. Ломоносова. Программа работы «Круглого стола» на тему «Правовая система России: история и перспективы развития», 11 декабря 2008 г. – Брянск, Филиал МосУ МВД России. Программа Всероссийской научно-практической конференции «Гражданские правоотношения», посвященной 15-летию принятия первой части ГК РФ, 27 марта 2009 г. – Тула, Филиал МосУ МВД России. Межвузовская научно-практическая конференция «Актуальные проблемы частного и публичного права», 23 апреля 2009 г. – М., Всероссийская Государственная налоговая академия. Межвузовская научно-практическая конференция «Проблемы правового регулирования экономической деятельности хозяйствующих субъектов в условиях современной России», 14 мая 2009 г. – Владимир, ВЮИ ФСИН России. Международная научно-практическая конференция, проводимая Краснодарским университетом МВД России «Механизм экономико-правового обеспечения национальной безопасности: опыт, проблемы, перспективы», 21–23 мая 2009 г. – г/к Анапа.



тики. Период перестройки и реформ во многом прошел в условиях дезорганизации, стихии, юридических коллизий, «войны законов», «парада суверенитетов» и тому подобное.

5. Формирование концепции развития гражданского законодательства затруднено в связи с отсутствием достаточно разработанной современной теории гражданского права. Для большей части исследователей довлеющим императивом является стремление к решению отдельных частных практических проблем, раскрытие смысла и содержания действующего позитивного гражданского права.

6. Отсутствует единая доктрина развития гражданского законодательства (представлены не всегда между собой согласованные концепции развития гражданского законодательства).

7. Концепция развития гражданского законодательства осуществляется на основе заимствования западно-европейского гражданского законодательства при умышленном игнорировании основного принципа функционирования указанной западно-европейской правовой системы, т. е. принципа дуализма частного права.

8. Развитие цивилистической науки сведено к проведению исследований в рамках позитивного права, действующего законодательства. Юриспруденция сведена к толкованию действующего права, отраженного только в законодательстве.

9. Представлена концепция развития совершенствования гражданского законодательства при отсутствии комплексного взгляда на развитие всего законодательства, регулирующего рыночную экономику, в том числе и законодательства о предпринимательской (хозяйственной) деятельности в целом.

Концепция развития гражданского законодательства, утвержденная Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г. не может служить правовой основой для модернизации российской экономики, так как опирается на либерально – цивилистическую доктрину, приведшую экономику страны к провалу¹.

¹ Дойников И. В. Информация о проведении совещания заведующих кафедрами гражданского и предпринимательского права // Предпринимательское право. – 2009. – № 4. – С. 48–49.

Нужно учесть и то, считает академик РАН Н. Шмелев, что мы потеряли половину промышленного потенциала страны, который нам достался от советских времен. Оставшаяся половина, с изношенным оборудованием, сохнет через семь-десять лет. И если мы думаем о перспективах страны, то этим нужно заниматься пока не поздно. Далее, нужно, наконец, признать, что создавать сегодня нано-технологии – все равно, что строить Эйфелеву башню на болоте: не подложив даже четыре кирпича под опоры, начинать монтировать верхние этажи. Ведь во всем мире прежде технологий развивался потребительский сектор: пищевая, легкая промышленность, жилищное строительство и коммунальное хозяйство, бытовая техника и так далее. Именно таков алгоритм экономического развития стран, и нам его тоже не избежать¹.

Для **модернизации** российской экономики наука предпринимательского (хозяйственного) права должна выработать: правовые основы национально ориентированной **промышленной политики** (включающей в себя энергетическую, транспортную, аграрную, строительную и другие виды экономической политики), современную концепцию развития предпринимательского законодательства, национально ориентированные организационно-правовые формы хозяйствования в сфере промышленности (отдавая предпочтения коллективным формам хозяйствования – производственно – хозяйственным комплексам, холдингам, объединениям), современные формы и методы государственного регулирования материального производства.

Все сказанное формирует перед наукой предпринимательского (хозяйственного) права необходимость выработать современную **Концепцию развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства** (на основе Стратегии национальной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 года), включающую национально-ориентированные организационно-правовые формы хозяйствования в промышленности и основанную на современных методах государственного регулирования экономики.

¹ Шмелев Н. Россию убьет рентабельность в 1000 % // Свободная пресса. – 2009. – 16 дек.



Основные черты **Концепции развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства.**

Исходным пунктом разработки проекта должно послужить осознание необходимости принятия Хозяйственного кодекса Российской Федерации.

В 2006 году Торгово-промышленной палатой Российской Федерации и научным коллективом Уральской государственной юридической академии под руководством д.ю.н. проф. В. С. Белых был разработан проект Предпринимательского кодекса России, который разделит судьбу предыдущих проектов¹.

В настоящее время весь огромный массив предпринимательского (хозяйственного) законодательства Российской Федерации оказался перед лицом ряда серьезных вызовов.

Прежде всего, на повестке дня встал вопрос о более полном и качественном законодательном обеспечении государственной экономической политики. Показательными в этом отношении являются рекомендации, высказанные в проекте Концепции модернизации хозяйственного законодательства на базе Хозяйственного кодекса Украины².

Здесь поставлена задача системного совершенствования хозяйственного законодательства.

¹ Данный проект разработан научным коллективом Уральской государственной юридической академии под рук. д-ра юрид. наук, проф. В. С. Белых, обсужден на Всероссийской научно-практической конференции «Проблемы предпринимательского (хозяйственного) права в современной России» 1 июня 2006 г. в Институте государства и права РАН. См. *Белых В. С.* Кодификация или консолидация предпринимательского законодательства: что делать? // Бизнес. Менеджмент. Право. – 2006. – № 3. – С. 12–18.

² Настоящий проект Концепции подготовлен в Институте экономико-правовых исследований НАН Украины в соответствии с планом НИР по теме «Обеспечение модернизации и реализации законодательства на основе Хозяйственного кодекса Украины». Авторы проекта – академик НАН Украины В. К. Мамутов, член-корреспондент АПрН Украины Г. Л. Знаменский, канд. юрид. наук С. А. Кузьмина, Е. В. Титова. Используются также отдельные материалы, предоставленные членом-корреспондентом АПрН Украины В. С. Щербиной, канд. юрид. наук А. П. Вихровым и канд. юрид. наук О. П. Подцерковным. Проект Концепции представлен авторами на рассмотрение Координационному бюро Академии правовых наук Украины по правовым основам предпринимательства, коммерческому и хозяйственному праву.

В Концепции должны быть изложены цели, задачи, способы их решения и основные направления дальнейшей кодификации предпринимательского (хозяйственного) законодательства.

Из Стратегии национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 года № 537, вытекает ряд новых требований к законодательству, направленных на совершенствование содержания и формы всех актов предпринимательского (хозяйственного) законодательства, повышение его результативности.

На решении проблем совершенствования предпринимательского (хозяйственного) законодательства России неблагоприятно сказывается многолетняя деятельность группы лиц, близких к законодательству и исповедующих идеи рыночного фундаментализма или крайнего либерализма. Эта группа лиц, опирающаяся на поддержку иностранных спонсоров, своекорыстные интересы которых не совпадают с интересами социально-экономического развития России, постоянно лоббирует рекомендации об искоренении государственного регулирования экономики России.

Все эти обстоятельства в своей совокупности показывают, что сейчас проблемы совершенствования предпринимательского (хозяйственного) законодательства вряд ли могут быть решены «мелкими шагами» – растянутыми во времени и разрозненными внесениями отдельных изменений и дополнений в те или иные акты. Ситуация такова, что актуальным становится вопрос о системном упорядочении всего массива этого законодательства, о его масштабном обновлении.

Все то многообразие задач, которые необходимо решать на нынешнем этапе, в полной мере охватывается понятием **модернизации хозяйственного законодательства**. Поэтому есть основания считать, что модернизация хозяйственного законодательства – это **адекватный ответ на те вызовы, которые встали перед ним в современных условиях**.

Основной задачей модернизации аграрного законодательства является **повышение эффективности правового регулирования отношений в сфере промышленного производства**, что, в частности, предполагает:

обеспечение роста деловой активности национальных товаропроизводителей, развитие предпринимательства, укрепление экономического публичного правопорядка;



усиление действенности защиты прав и законных интересов национальных товаропроизводителей;

разработка и принятие системообразующего закона Хозяйственного кодекса;

достижение непротиворечивости и стабильности действия актов предпринимательского (хозяйственного) законодательства;

устранение множественности актов предпринимательского (хозяйственного) законодательства, придание ему достаточно компактного и обозримого вида;

осуществление адаптации национального хозяйственного законодательства к международному экономическому законодательству, в том числе к соответствующему законодательству ЕС. Процесс такой **адаптации** должен предполагать учет специфики современного состояния отечественной экономики и **направленности** ее развития.

Цель Концепции подчинена целям и задачам самого процесса модернизации предпринимательского (хозяйственного) законодательства. При этом содержащиеся в Концепции положения в процессе модернизации могут претерпевать те **или** иные изменения и уточнения. Тем не менее, **желательно** учитывать, что Концепция строится на нескольких основных положениях, без которых вряд ли возможна успешная реализация названных выше целей и задач.

Во-первых, модернизация предпринимательского (хозяйственного) законодательства должна осуществляться с учетом выявленных тенденций правового, экономического, политического и социального развития в нашем обществе. Во-вторых, модернизация предпринимательского (хозяйственного) законодательства невозможна без использования системного подхода в процессе согласования нормативных актов между собой на различных уровнях и в различных плоскостях.

В-третьих, при формировании и уточнении концепции модернизации предпринимательского (хозяйственного) законодательства необходимо учитывать особенности его отдельных подотраслей и их влияние на развитие предпринимательского (хозяйственного) законодательства в целом. Каждая из них имеет свою специфику, но все они на современном этапе не могут развиваться гармонично без необходимого учета **инновационной** составляющей и ее влияния на функционирование экономики страны в условиях рыночных отношений.

В-четвертых, создание концепции модернизации предпринимательского (хозяйственного) законодательства невозможно без осмысления и восприятия уже существующих научных результатов как отечественных, так и зарубежных ученых, поскольку они могут быть чрезвычайно актуальными и полезными в условиях системной трансформации экономики и законодательства.

Следует также отметить, что практическая деятельность по модернизации предпринимательского (хозяйственного) законодательства, осуществляемая, по возможности, на основе Концепции, должна включать следующие основные этапы:

оценка современного состояния этой отрасли законодательства, выявление его основных проблем и противоречий;

определение исходных позиций совершенствования законодательства;

прогноз дальнейшего развития предпринимательского (хозяйственного) законодательства и его важнейших институтов;

определение основополагающих, первоочередных, текущих и перспективных направлений совершенствования предпринимательского (хозяйственного) законодательства и его реализации.

Научно обоснованная концепция, таким образом, может стать надежным инструментом для практической правотворческой работы в этой сфере.

За время становления и развития законодательства «первого поколения» сформировался достаточно крупный отряд специалистов в области правового регулирования предпринимательского (хозяйственного) права, который в состоянии содействовать достижению названных результатов, развитию и совершенствованию правового регулирования в сфере экономики.

Библиографический список:

1. Алиев Б. Х. Промышленная политика и экономика. – М. 2000.
2. Белых В. С. Кодификация или консолидация предпринимательского законодательства: что делать? // Бизнес. Менеджмент. Право. – 2006. – № 3.
3. Глазьев С. Родина в опасности. – М., 2009.
4. Дойников И. В. Информация о проведении совещания заведующих кафедрами гражданского и предпринимательского права // Предпринимательское право. – 2009. – № 4.
5. Зыкова Т. Академики просят совета. Экономисты хотят напрямую консультировать правительство // Российская газета. – 2009. – 9 дек. – № 235.



6. *Зыкова Т.* Именем реформы. Появятся ли российские экономические реалии в учебниках экономики // Российская газета. – 2009. – 15 дек. – № 240.
7. *Зыкова Т.* Кто проспал кризис. Ученые диагностируют состояние российской экономики // Российская газета. – 2009. – 8 дек. – № 234.
8. *Конотопов М. В., Сметанин С. И.* История экономики зарубежных стран: Учебник. – М., 2007.
9. *Кричевский Н.* Разоблачение олигархов. Почему бизнесмены просят помощи у государства и на что ее тратят // Известия. – 2009. – 17 авг.
10. *Мамутов В. К.* Важное направление правового обеспечения экономики – кодификация: Научный доклад. – Донецк, 2009.
11. Модернизация: Пути и средства. Эксперты РФ о проблемах реализации задач, поставленных в Послании президента // Российская газета. 2009. – 27 нояб. – № 226.
12. Послание Президента Российской Федерации Д. А. Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации в 2009 году // Российская газета. – 2009. – 13 нояб. – № 214.
13. Развитие русского права в первой половине XIX века / Отв. ред. Е. А. Скрипелев. – М., 1994.
14. Развитие русского права во второй половине XIX – начале XX века / Отв. ред. Е. А. Скрипелев. – М., 1997.
15. *Соколова М.* Готовится промышленная «конституция» // Парламентская газета. – 2008. – 10 июл. – № 45.
16. *Шмелев Н.* Россию убьет рентабельность в 1000 % // Свободная пресса. – 2009. – 16 дек.

Точка зрения

«Государственное властное полномочие» и «компетенция органа юридического лица»: соотношение понятий в частном и публичном праве

государственное властное полномочие; полномочие; компетенция; компетенция органа юридического лица; частное право

Ю. С. Харитонова

кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права

Содержание понятий компетенции и полномочий неоднократно становилось предметом рассмотрения в юридической литературе. Не утихают эти научные дискуссии и сегодня. По нашему мнению, проблема бурных споров кроется в многозначности интерпретации данных понятий и отождествления терминов «компетенция» и «полномочие». В связи с этим целью настоящего исследования является установление обоснованности использования терминов «государственное властное полномочие» в публичном праве и термина «компетенция органа юридического лица» в частном праве. Сложность выявления сущности рассматриваемых явлений заключается еще и в том, что понятия эти исследуются в различных научных направлениях.

В зависимости от направления исследования компетенция определяется по-разному. Зачастую понятие компетенции определяют через полномочия. Однако в некоторых случаях речь идет также о предметах ведения, правах и обязанностях, подведомст-



венности, подсудности, юрисдикции, задачах, функциях, хозяйственной компетенции (правоспособности).

Например, согласно исследованию Л. П. Волковой, в законодательстве можно насчитать до восьми различных вариантов использования понятий «компетенция», «предметы ведения» (сферы деятельности), «полномочия»¹:

1. Полномочия и компетенция, сферы деятельности и компетенция употребляются как независимые друг от друга понятия.

2. Указывается компетенция органа через перечисление его функций.

3. Компетенция устанавливается путем указания прав и обязанностей.

4. Компетенция устанавливается через перечисление полномочий органа.

5. Понятие «компетенция» употребляется применительно к правосубъектности Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, органов государственной власти, а понятие «полномочие» – применительно к деятельности органов местного самоуправления.

6. Употребляется понятие «полномочие» применительно к характеристике деятельности Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

7. Употребление понятия «компетенция» применительно к деятельности Российской Федерации, субъектов Российской Федерации.

8. Употребляется понятие «компетенция» применительно к деятельности государственных органов.

Наиболее широко понятие компетенции обсуждается представителями административного права. Как отмечают отдельные исследователи, компетенция органов государственной власти – ключевое понятие публичного права, ядро управленческих решений². Наиболее часто в юридической литературе можно встретить

¹ Волкова Л. П. Компетенция органов исполнительной власти: понятие и условия установления // Административное право и процесс – 2008. – № 5.

² Бевеликова Н. М. Компетенция Правительства Российской Федерации в сфере здравоохранения // Медицинское право. – 2009. – № 3.

определение компетенции как совокупности установленных нормативными правовыми актами задач, функций, прав и обязанностей (полномочий) государственных органов, должностных лиц, общественных организаций, коммерческих и некоммерческих организаций, выработанного Ю. М. Тихомировым¹.

Действительно, компетенция носит властный характер, основана на законе и исходит от органов государственной власти. Очерченная компетенция является одновременно правом и ограничением властных функций субъекта. Каждый государственный орган, учреждение или организация вправе рассматривать и разрешать только те вопросы, которые отнесены к их ведению законодательными и иными нормативными правовыми актами, т. е. действовать только в пределах собственной компетенции. Однако можно ли определять компетенцию через полномочия как элементы, ее составляющие?

Законодатель сегодня не проводит грани между понятием «компетенция» и «полномочие» и нередко употребляет их как синонимы. Например, в п. 3 ст. 19 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» предусматривается, что Верховный Суд Российской Федерации «в пределах своей компетенции рассматривает дела в качестве суда второй инстанции в порядке надзора и по вновь открывшимся обстоятельствам, а в случаях, предусмотренных федеральным законом, – также и в качестве суда первой инстанции». Однако в п. 6 этой же статьи уже указано, что «полномочия», порядок образования и деятельности Верховного Суда Российской Федерации устанавливаются федеральным конституционным законом».

Полагаем, «полномочия», о которых идет речь выше – есть функции соответствующих органов власти. Реализуя свою компетенцию, данный орган (в приведенном примере – суд) функционирует.

По мнению некоторых исследователей, полномочия составляют содержание компетенции, а предметы ведения – сферу компетенции, которые представляются вполне обоснованными². С этим

¹ Тихомирова Л. В., Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия. – Изд. 5, доп. и перераб. / Под ред. М. Ю. Тихомирова. – М., 2006. – С. 422.

² Чертков А. Н. Четкость и единообразие конституционно-правовых понятий и разграничение компетенции // Журнал российского права. – 2004. – № 2. – С. 34–39.



обоснованно спорят другие авторы. Так, по мнению Л. П. Волковой, предметы ведения в компетенцию не включаются.

Л. П. Волкова полагает, что функции органа претендуют на рассмотрение их в качестве одного из элементов компетенции. А для того, чтобы орган мог осуществлять определенные направления деятельности, он должен обладать для этого определенными полномочиями. То есть полномочия должны показать, каким образом орган исполнительной власти вправе и должен осуществить функции¹.

По нашему мнению, компетенцию не следует смешивать с предметами ведения или сферами компетенции. Само понятие «ведение» означает заведование, управление² в целом, то есть область, сферу, а не право и возможность совершать определенные деяния. В то же время существующее понятие «предметов совместного ведения» Федерации и субъектом не может быть заменено словосочетанием «совместная компетенция». И хотя в законодательстве понятие «предметы ведения» нередко обозначает не только сферы, направления государственно-властной деятельности, осуществляемые Федерацией, субъектами Федерации или совместно Федерацией и субъектами, но и часть компетенции конкретных органов государственной власти, представляется нецелесообразным использовать понятие «предметы ведения» применительно к компетенции органов государственной власти. Более уместным кажется применение термина «компетенция», элементами которой являются функции органа, его права и обязанности.

На наш взгляд, компетенция как понятие публичного права, вытекает из общей функции соответствующего образования, и в то же время раскрывается через конкретные функции соответствующих органов данного образования в целом. То есть компетенцию можно представить как разграничение власти по горизонтали. Тогда как функции делят власть по вертикали. В самом общем виде мы выделяем законодательную, исполнительную и судебную власти. А в дальнейшем в рамках каждой структуры могут быть выделены частные функции в соответствии с задан-

¹ Волкова Л. П. Компетенция органов исполнительной власти: понятие и условия установления // Административное право и процесс. – 2008. – № 5.

² См.: Словарь русского языка / Под ред. С. И. Ожегова. – М., 1975. – С. 67.

ной компетенцией. В связи с этим возможно делегирование последних одним органом другому.

В науке муниципального права понятие «орган местного самоуправления» также раскрывается через наличие у него полномочий.

В частности, авторы учебника «Муниципальное право Российской Федерации» считают, что органы местного самоуправления – это избираемые непосредственно населением и (или) образуемые представительным органом муниципального образования органы, наделенные собственными полномочиями по решению вопросов местного значения¹. Ученые исходят из того, что органы местного самоуправления – это, по сути, органы публичной власти, обладающие властными полномочиями. В лице органов местного самоуправления государство видит специфический уровень власти, на котором местные проблемы могут решаться способами, характерными для осуществления государственно-властных полномочий, а советы, комитеты микрорайонов, домов и т. д. органами публичной власти не являются². Некоторые авторы определяют органы местного самоуправления как органы местных самоуправляющихся территориальных сообществ, которыми они формируются и перед которыми несут ответственность за надлежащее осуществление своих полномочий³.

Вообще признаками органа власти (государственной или муниципальной) называют порядок создания, властные полномочия и порядок деятельности⁴.

В связи с этим рассмотрим вопрос о том, что собой представляет властное полномочие? В контексте публично-правового регулирования речь идет о «государственном полномочии», которое определяется как «права и обязанности органов государст-

¹ Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК «Велби»; Изд-во «Проспект», 2006. – С. 227.

² Дубовкин К. П., Чеботарев Г. Н. Органы местного самоуправления: понятие, виды, статус // Российский юридический журнал. – 2001. – №. 5. – С. 57.

³ Шугрина Е. С. Муниципальное право: Учебник. – М.: ТК «Велби»; Изд-во «Проспект», 2007. – С. 179.

⁴ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для юридических вузов и факультетов. 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательская группа «НОРМА-ИНФРА-М», 1999. – С. 735–737.



венной власти Российской Федерации по решению вопросов, отнесенных к ведению Российской Федерации Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами, а также иными нормативными актами, принятыми в соответствии с Конституцией Российской Федерации», либо как «права и обязанности органов государственной власти и должностных лиц государственной власти субъекта Федерации по решению вопросов, отнесенных к ведению субъекта Федерации Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами, конституцией (уставом) субъекта Федерации, законами субъекта Федерации, а также иными нормативными актами, принятыми в соответствии с Конституцией Российской Федерации»¹. Таким образом, государственное полномочие определяется через права и обязанности соответствующего публично-правового образования. В данных определениях происходит подмена понятий: используя указание на права и обязанности публичных субъектов, автор не делает различий между властными полномочиями и полномочиями, основанными на власти, тем самым внося путаницу в принципиальном вопросе.

В трудах различных авторов, рассматривающих вопросы отечественного административного права, полномочиями обычно называют совокупность служебных прав и обязанностей². А если вспомнить, что права органов власти являются в то же время и их обязанностями, обязательны к исполнению, то государственные полномочия можно определить как обязанности соответствующих образований. Кроме того, «государственное полномочие» существует только в определенной сфере (в зависимости от функции соответствующего органа), а также в особом порядке возникает – на основании прямого указания в законе.

Следует исходить из того, что в понятие компетенции может включаться и круг полномочий для ведения дел, и конкретные подвластные области отношений. При этом компетентность как

¹ Муниципальное право: Учебник. – М.: Эксмо, 2005. – С. 987.

² См.: Бахрах Д. Н. Административное право России: Учеб. для вузов. – М., 2000. – С. 161; Овсянко Д. М. Административное право: Учеб. пособие. 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2000.

определенные знания и опыт требуются и для осуществления полномочий, и для реализации отношений в подвластных областях. Но и в том, и в другом случае присутствует властное отношение. Только отношение это может иметь разную природу. Компетенция в исходном понимании должна быть разделена на публичную и частную.

Исходя из деления права на частное и публичное, мы можем утверждать, что существуют властные полномочия и полномочия, основанные на власти, которые не являются тождественными понятиями. Властные полномочия принадлежат сфере публично-правовых отношений, в то время как полномочия, основанные на власти, лежат в сфере частного права. Так, собственник, наделяя поверенного полномочиями распоряжаться своим имуществом, предоставляет последнему полномочия, которые возникли в силу наличия у собственника власти в отношении соответствующего имущества.

Сегодня требуется дифференциация данных понятий в соответствии с существующим делением в нашем правовом порядке. Мы полагаем, следует разделять понятие компетенции, которое принадлежит к сфере публичного права, и понятие полномочия, которое используется для целей частного права. Это позволит определить терминологию права, и, следовательно, упорядочить законодательство и сделать его внутренне непротиворечивым.

В отличие от подходов публичного права, в праве частном компетенцию зачастую рассматривают в связи с правоспособностью. В основном речь идет о разработке понятия компетенции органов юридического лица.

Например, в отношении хозяйственных обществ Д. В. Ломакин пишет: «Компетенция органа общества неразрывно связана с правоспособностью самого хозяйственного общества»¹. Хозяйственное общество как юридическое лицо действует в гражданском обороте посредством своих органов, приобретая через них субъективные гражданские права и принимая на себя юридические обязанности. Осуществление прав и исполнение обязанностей хозяйственного общества обусловлено деятельностью его

¹ Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. – М.: Статут, 2008. – С. 148.



органов. Органы общества, в свою очередь, не могут действовать произвольно, они функционируют в строгом соответствии со своей компетенцией, определенной законом, иными правовыми актами и уставом общества. Поэтому компетенция выступает правовым средством, с помощью которого права и обязанности хозяйственного общества – юридического лица преобразуются в полномочия его органов. Компетенция органа хозяйственного общества представляет собой установленный законом, иными правовыми актами и учредительными документами общества предмет деятельности органа общества, а также конкретные полномочия, необходимые для осуществления органом общества своих функций и решения стоящих перед ним задач¹.

Как известно, орган хозяйственного общества не является самостоятельным субъектом права, поэтому он не может обладать субъективными правами и нести юридические обязанности. Субъективные права и обязанности принадлежат самому обществу как субъекту права. В данном случае, как верно писал В. С. Якушев, права и обязанности, предусмотренные законом для предприятия, закрепленные за ним и составляющие его правоспособность, трансформируются на уровне предприятия, превращаясь в полномочия должностных лиц и подразделений². Обладание органом общества определенной компетенцией позволяет превратить субъективные права и юридические обязанности общества в целом в полномочия его органа.

Однако, учитывая подходы к определению компетенции с позиций публичного права, полагаем, нецелесообразно определять права, обязанности и функции органа юридического лица посредством термина «компетенция». Компетенция публично-правового образования или его органов носит иную природу и имеет иной источник происхождения, нежели права и обязанности органов хозяйствующих субъектов. Это же относится и к случаям, когда в гражданский оборот вступают публично-

¹ Ломакин Д. В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. – М.: Статут, 2008. – С. 148.

² Якушев В. С. Институт юридического лица в теории, законодательстве и на практике // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. статей. – М.: Статут, 2001. – С. 408.

правовые образования. Их органы, представляя соответствующих субъектов вовне, приобретают статус частного лица, о чем специально сделана оговорка в Гражданском кодексе.

Исследование понятия компетенции в частном праве приводит некоторых авторов к выводу о том, что компетенцию органа общества нельзя свести только к его полномочиям, они имеют вспомогательное значение по отношению к иным элементам компетенции. Основными элементами компетенции предлагается считать задачи и функции, которые должны выполнять органы хозяйственного общества¹. Термины «задачи» и «функции» органов в науке гражданского права нередко объединяются понятием «предмет деятельности»². То есть объем и содержание компетенции органов хозяйственного общества определяется, исходя из установленного предмета деятельности таких органов.

Гражданское право и законодательство всегда избегало понятия компетенции, заменяя его полномочиями. Понятие компетенции, используемое в корпоративном праве, заимствовано в административном праве и чуждо сфере частного права.

Власть частного характера не должна и не может порождать компетенцию, она дает лишь полномочие действовать определенным образом.

Из изложенного можно сделать вывод, что понятие компетенции акцентирует внимание на субъекте: кто подходит для выполнения тех или иных функций, а не определяет его полномочия; какие властные полномочия ему принадлежат. В определении понятия «полномочия» нельзя сказать, что поверенный компетентен. Он реализует данное ему полномочие, а не компетенцию.

Полагаем, следует уйти от непоследовательности в вопросе об определении компетенции в частном и публичном праве, в том числе не переносить ее и в корпоративное законодательство. В особенности с учетом того, что корпоративное право сегодня включается в состав права гражданского, частного по своей природе.

¹ См.: Могилевский С. Д. Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект. – М.: Дело, 2001. – С. 137–171.

² См., напр.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. – М.–Л., 1948. – С. 365–395.



Корпоративное управление, управление лицом, имуществом связано с реализацией полномочий, переданных управомоченному частным лицом в рамках реализации его власти. Полномочия в частноправовом смысле можно представить как поручения соответствующему лицу, что он должен сделать на данном месте. Поскольку это субъект частного права, у него есть определенные полномочия. Уполномоченное лицо приобретает определенный статус, который может не совпадать с субъективными правами данного лица, но при этом последнее вправе действовать лишь в установленных этим статусом пределах.

Таким образом, нет никаких оснований для разного понимания терминов «компетенция» и «полномочие» и переноса значения одного понятия в другое, поскольку это разбивает понятийное и терминологическое единство в праве и законодательстве. Понятие компетенции уместно употреблять для характеристики государственно-властных отношений, в то время как термин и понятие полномочия всегда будут принадлежать сфере частного права. Это позволит максимально упростить понятийный аппарат права, отказаться от лишнего, избежать терминологического смешения.

Библиографический список:

1. *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации: Учебник для юридических вузов и факультетов. – 2-е изд., изм. и доп. – М.: Издательская группа «НОРМА-ИНФРА-М», 1999.
2. *Бахрах Д. Н.* Административное право России: Учеб. для вузов. – М., 2000.
3. *Бевеликова Н. М.* Компетенция Правительства Российской Федерации в сфере здравоохранения // Медицинское право. – 2009. – № 3.
4. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. – М.–Л., 1948.
5. *Волкова Л. П.* Компетенция органов исполнительной власти: понятие и условия установления // Административное право и процесс. – 2008. – № 5.
6. *Кутафин О. Е., Фадеев В. И.* Муниципальное право Российской Федерации: Учебник. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: ТК «Велби»; Изд-во «Проспект», 2006.
7. *Ломакин Д. В.* Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. – М.: Статут, 2008.
8. *Могилевский С. Д.* Органы управления хозяйственными обществами: правовой аспект. – М.: Дело, 2001.

9. *Чертков А. Н.* Четкость и единообразие конституционно-правовых понятий и разграничение компетенции // Журнал российского права. – 2004. – № 2.

10. *Шугрина Е. С.* Муниципальное право: Учебник. – М.: ТК «Велби»; Изд-во «Проспект», 2007.

11. *Якушев В. С.* Институт юридического лица в теории, законодательстве и на практике // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. статей. – М.: Статут, 2001.



Тенденции развития информационного права как комплексной отрасли российского права и современного научного направления

тенденции; информационное право; комплексная отрасль; интернет-законодательство

И. М. Рассолов

доктор юридических наук, заведующий кафедрой информационного, предпринимательского и торгового права Российского государственного торгово-экономического университета, профессор Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина

Тенденции (от лат. *tendentia* – направленность) – это важнейшие направления становления и развития информационно-правовых норм, а также доктрины информационного права, обусловленные общими закономерностями существования самой информационной сферы и информационных технологий, как в России, так и в других странах. Разумеется, мы коснемся не всех, а лишь некоторых тенденций становления новой комплексной отрасли и этого научного направления «информационное право».

Тенденции формирования норм информационного права, отдельных его институтов рассматриваются нами в единстве прошлого, настоящего и будущего развития науки и отрасли российского информационного права.

Сегодня существуют все предпосылки для того, чтобы признать информационное право в качестве комплексной отрасли права и нового научного направления (формирующейся юридической науки).

С нашей точки зрения, информационное право как формирующаяся отраслевая наука характеризуется следующими чертами:

1. Социальной потребностью в знаниях нового типа.
2. Особым профессиональным объединением ученых, занимающихся данной проблематикой и разделяющих общие научные идеи, общие теоретические принципы, методологию исследования (то, что мы называем научным сообществом).
3. Наличием монографических и диссертационных работ по данной теме исследования; научных наработок, методов, накопленных знаний.
4. Высоким уровнем дисциплинарной организации и взаимодействия ученых (наличие сектора информационного права в Институте государства и права РАН, кафедры информационного права, информатики и математики в Российской правовой академии Минюста Российской Федерации, кафедры информационного, предпринимательского и торгового права в Российском государственном торгово-экономическом университете и подобных подразделений в других вузах страны).
5. Подготовкой специалистов данного профиля в рамках специальности 12.00.14. Существование учебных курсов, учебников, программ.

Следовательно, информационное право, имея свои исходные начала в теории государства и права, и будучи тесно связано с отраслевыми юридическими науками, подходит к предмету и объекту своего исследования с самостоятельных позиций, отличающихся от подхода к своим объектам со стороны других юридических наук; оно изучает всю совокупность норм права, регулирующих информационные отношения в обществе, и практику их применения, включая и современные научно-технические средства и методы. При этом предметом информационного права являются информационные отношения, имеющие информационное наполнение и технико-социальное содержание. Специфика данных отношений обусловлена объективными особенностями самой информации и информационной среды ее оборота.

Следует отметить, что информационное право зависит от тенденций развития самого информационного общества. Поэтому несколько слов скажем и о них.



В самом общем виде эти тенденции заключаются в том, что в цивилизованном мире под влиянием научно-технической революции и других компонентов складывается постиндустриальное («научное», «ноосферное») общество, не совпадающее с понятием «капитализм». Выделим кратко основные направления развития современного общества.

Первая тенденция – это становление нового исторического вида гражданской собственности – интеллектуальной, которая является одновременно общественной собственностью всего населения планеты. Интеллектуальная собственность, в отличие от материальных объектов, по своей природе не отчуждается ни от их создателя, ни от того, кто ей пользуется. Следовательно, эта собственность является одновременно индивидуальной и общественной, т. е. общей собственностью граждан. Тем самым общая интеллектуальная собственность предстает как новая экономическая основа постиндустриального гражданского общества, как необходимое условие индивидуальной свободы и автономии.

Следующая тенденция – это перестройка мотивации труда (например, в киберпространстве каждый может выступать одновременно производителем информации, издателем и распространителем). Содержание труда, возможность самореализации, перспективы профессионального и социального роста становятся определяющими стимулами трудового поведения значительного числа граждан. Являясь наемным работником, человек требовал повышения оплаты труда независимо от финансового состояния предприятия. Превращаясь из наемного работника в сособственника и партнера, он становится причастным к делам предприятия и готов участвовать частью своих доходов в расширении производства. Это наиболее характерно для работников в сфере ИТ. Кроме того, появляются новые профессии, которых не было в прошлом веке (регистраторы доменных имен, пиар-менеджеры, кибер-консультанты, системные администраторы и др.).

Далее необходимо отметить радикальное изменение социальной дифференциации самого информационного общества, деление его не на классы, а на слабо дифференцируемые информационные сообщества. И это, в первую очередь, связано с доступом к знанию и разнообразной информации для широких слоев населения планеты. Теперь знание не является прерогативой богатых, знатных, успешных. Между традиционными классами по-

степенно «смываются» грани (например, это очевидно в блогосфере). Объективной основой объединения людей в постиндустриальном обществе является развитие образования, науки, информации. В этой связи исследователи отмечают еще одну интересную тенденцию: развитие сферы социальной защиты, образования, здравоохранения, обслуживания на базе ИТ. Это придает взаимоотношениям людей новый, гражданский смысл, который возникает из осознания принадлежности к общей культуре, участия в общественном развитии и созидании. Следовательно, прежнее противопоставление индивидуализма и коллективизма постепенно утрачивает свое принципиальное значение.

Следующая тенденция – это широкое участие слоев населения в процессах подготовки, принятия и осуществления управленческих решений, а также в контроле над их реализацией. Особую роль такое участие играет в тех областях, которые имеют для гражданина большое значение. Например, это в первую очередь касается электронного голосования на выборах в местные органы власти. Такое положение вещей расширяет общественные связи человека и возможности для его самовыражения и самоутверждения.

Так, в октябре 2009 г. пиратская партия Швеции – третья по величине в этой стране после консерваторов и социал-демократов – проводила свой съезд в Интернете. Нужно отметить, что эта партия выступает за отмену авторского и патентного права на информационные продукты. Более 50 тысяч членов партии присутствовали на съезде и в течение недели имели возможность голосовать за те решения, которые явились предметом бурного обсуждения в повестке партийного собрания. Председатель партии пояснил, что это новый вид демократии и если бы они проводили съезд в Стокгольме, они бы вряд ли смогли собрать такой состав¹.

Сюда же можно отнести разработку и внедрение государственных информационных систем ГАС «Выборы», ГАС «Правосудие».

В целом можно заключить, что в своей совокупности и в обобщенном виде наблюдаются *две взаимосвязанные тенденции* развития информационного общества. Первая состоит в гражданской со-

¹ Пиратская партия Швеции набрала на последних выборах в Европарламент более 7 % и имеет одно место в этом законодательном собрании. Кроме того, «шведские пираты» инициировали развитие пиратского движения более чем в 30 странах мира, в том числе и России.



циализации экономических структур и отношений частной собственности, в ограничении государственной власти. Социализация ведет не к уничтожению капитала, а к изменению его характера, приданию ему определенных общественных и цивилизованных форм. Это ограничивает и подавляет его эгоистические черты. И этот процесс в тех или иных формах («кооперативной», «акционерной») занял свое надлежащее место в большинстве развитых стран. Вторая тенденция – это *индивидуализация* экономических и социальных процессов, их наполнение многообразным личностным содержанием (люди все больше сидят дома, работают на дому).

Анализ показал, что на сегодняшний день можно выделить следующие тенденции становления и развития самого информационного права как отрасли и формирующейся юридической науки. Обозначим их.

Во-первых, происходит расширение понятийного аппарата информационного права как в Российской Федерации, так и в других странах. Наблюдается процесс обогащения и последовательного закрепления в нормативных правовых актах новых понятий. Среди них такие понятия как: «электронный документ», «электронный документооборот», «информационное общество», «информационная безопасность», «информационная сфера». Однако многие понятия еще пока не находят своего закрепления в современном российском законодательстве (например, «электронная торговля», «доменное имя», «сетевой договор», «электронные деньги» и т. д.).

Во-вторых, происходит более четкое определение предмета информационного права. Так некоторые исследователи прошлого века (например, В. А. Копылов) выделяли всего пять областей информационной сферы, нуждающиеся в правовой регламентации, называемые «матрицей отношений». Сегодня мы отмечаем увеличение этих областей. В частности, в своем учебном пособии «Информационное право» (М.: Норма, 2010), мы выделяем уже десять общественных отношений, входящих в предметную область исследуемой отрасли. Перечислим их.

- 1) отношения по международному информационному обмену;
- 2) отношения по реализации основных информационных прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства в информационной сфере;

- 3) отношения в сфере организации и деятельности средств массовой информации;
- 4) интернет-отношения, а также отношения в области связи и массовых коммуникаций;
- 5) отношения в сфере электронного документооборота;
- 6) отношения в сфере электронной торговли и ведения предпринимательской деятельности с использованием информационных технологий;
- 7) отношения по обработке персональных данных;
- 8) отношения в сфере библиотечного дела, архивного дела;
- 9) отношения в сфере обеспечения информационной безопасности России;
- 10) отношения по рассмотрению информационных споров.

Итак, в предмет информационного права входят разные по своему типу отношения. Их условно можно разделить собственно на информационные отношения и отношения, тесно связанные с ними. Среди этих десяти общественных отношений отдельно можно выделить три смежные: интернет-отношения; отношения в сфере электронного документооборота и отношения в сфере электронной торговли. Они являются «мотором» или «приводным ремнем» для развития информационного права.

В-третьих, более четко выделяются и функции информационного права. Исходя из нашей доктрины, они могут быть обозначены по формуле: 2+4. Две основные – регулятивные и охранительная функция, которые присущи и другим отраслям. И четыре специальных функции: социальная, производственная, интеграционная и прогностическая. Особое внимание заслуживает именно прогностическая функция информационного права. Она ярко выражена, и подтверждает тезис многих зарубежных исследователей о том, что информационное право – это право будущего.

В-четвертых, наблюдается процесс закрепления в нормативных правовых актах новых блоков общественных отношений, в частности отношений в сфере обработки персональных данных; отношений в сфере использования электронных документов; отношений по ведению электронной торговли и др. И в этом плане интересным будет законодательный опыт наших соседей, в частности Республики Беларусь, Украины, Казахстана, где имеет место расширение правового регулирования сферы электронной торгов-



ли и электронного документооборота, а также повышенное внимание к информационной безопасности. Поэтому в среднесрочной перспективе можно было бы ставить вопрос о выделении отдельных подотраслей информационного законодательства из общего информационного законодательного массива (например, интернет-законодательства; законодательства, регулирующего СМИ; законодательства, регулирующего различные виды тайн).

В-пятых, все перечисленные выше изменения обусловлены тем, что в мировой экономике расширяется сфера коммуникационного (информационного) менеджмента. Происходят существенные изменения в банковской, налоговой, таможенной сферах, сфере государственного управления в странах СНГ. Управлять, работать и продавать так, как это было в прошлом веке, сегодня уже практически невозможно. Поэтому во многих вузах осуществляется подготовка кадров, умеющих эффективно трудиться и обучать полученным навыкам в сфере высоких технологий других работников. Это в первую очередь касается юристов, которые изрядно погрязли в бумагах. Так, в Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина читается спецкурс «Правовое регулирование электронного документооборота в банковской сфере», а в Российском государственном торговко-экономическом университете введена специальная дисциплина «Правовые основы электронного документооборота». Во главу угла поставлено умение будущих правоведов пользоваться новыми технологиями.

В-шестых, все это постепенно приведет к становлению новой субкультуры общества – информационной культуре и формированию нового типа информационного правосознания. В наших работах информационная культура рассматривается через: а) деятельность нового типа, связанную с умением работать с информацией и технологиями (например, деятельность программиста, регистратора доменных имен, пиар-менеджера, лиазона); б) через продукты такой деятельности (например, сайты, социальные сети и т. д.).

Информационная культура индивида определяет сегодня его качество жизни, выражает определенный уровень развития информационного общества. Она связана с определенными навыками по использованию технических средств; с развитием ИТ; с умением извлекать различную информацию из разных источни-

ков (изобретением новых и куплей-продажей уже существующих информационных продуктов).

В чем особенности информационной культуры? Как было отмечено, человек в информационном обществе должен обладать определенными навыками (уровнем культуры) для обращения с IT и информацией. Поэтому уже недостаточно уметь *самостоятельно* накапливать и осваивать информацию. *В информационном обществе готовятся и принимаются решения на основе коллективного знания.* Поэтому рассматриваемая субкультура может дать желаемую характеристику информационной сферы жизнедеятельности российского общества, в которой можно отметить степень достигнутого, тенденции развития и спрогнозировать будущее.

Таким образом, информационное право вбирает в себя знания тех наук и научных направлений (математики, информатики, кибернетики, теории прогнозирования), которые способствуют развитию *новых видов информационной деятельности.* Эти тенденции сегодня особенно заметны в интернет-пространстве, в сфере Интернет-торговли, в сфере дистанционного образования.

Библиографический список:

1. *Рассолов И. М.* Информационное право: Учебное пособие. – М.: Норма, 2010.
2. *Рассолов И. М.* Интернет-право. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2004.
3. *Рассолов И. М.* Интернет-отношения: Основные признаки, элементы, содержание, характеристика //Закон и право. – 2003. – № 8.
4. *Рассолов И. М.* Право и киберпространство: Монография. – М.: Academia, 2008.



Формирование доктринального понимания сущности источников информационного права

источник права; наука информационного права; источники информационного права; информационное законодательство

А. А. Тедеев

доктор юридических наук, кандидат экономических наук, директор Международного исследовательского института

Формирование доктринального понимания сущности источников права – известная дискуссионная проблема отечественной аналитической юриспруденции. Между тем, ни в дореволюционной, ни в зарубежной правовой науке указанная проблематика не ставилась во главу угла. «Столь пристальное внимание к определению точных формул абстрактных вещей»¹, «бесконечные споры о границах понятий и тому подобных вещах»², и организация дискуссий с целью «сравнить различные точки зрения и выработать единую позицию по конкретному вопросу»³ – советская научная «традиция». В современном правоведении источники права чаще всего понимают как форму выражения правила, сообщающую ему качество правовой нормы⁴; «внешнюю форму объективации, выра-

¹ *Hamann F.* Das Staatsrecht der Postcommunismrepublic. – München: BEK Verlag, 2004. – S. 55.

² *Белкин А. А.* Актуальные вопросы теории и практики источников права. – М., 2006. – С. 102.

³ *Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А.* Конституционное право Российской Федерации: Курс лекций. – Часть I. – М.: Профобразование, 2002. – С. 5.

⁴ См.: Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Основные институты и понятия. – М., 1970. – С. 580.

жения права»¹; выражение нормативной государственной воли»²; «резервуар», в котором пребывают юридические нормы³; форму установления и выражения правовых норм⁴ и т. д.

Вместе с тем, причины недостаточной теоретической разработанности вопроса об источниках информационного права все же следует искать не сколько в нечеткости самого понятия «источник права», сколько в общей неразвитости доктрины информационного права, что наверно нормально для сегодняшнего этапа развития этой секции юридической науки⁵.

Вопросы, связанные с выявлением видов и системы источников информационного права, в той или иной степени исследуются в трудах таких ученых как А. Б. Агапов⁶, А. М. Барнашов⁷, И. Л. Бачило⁸, В. Г. Белов⁹, А. Б. Венгеров¹, Е. А. Войниканис²,

¹ См.: Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. – М., 1996. – С. 336–338.

² См.: Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. – Н. Новгород, 1993. – С. 247–249.

³ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. – Т. 1. – С. 315.

⁴ См.: Ученые зап. МГУ. – М., 1946. – Вып. 116. – Кн. 2. – С. 4; Зивс С. Л. Источники права. – М., 1982. – С. 22–23; Мицкевич А. В. Акты высших органов Советского государства. – М., 1967. – С. 15; Керимов Д. А. Философские проблемы права. – М., 1972. – С. 219.

⁵ Ведя речь об источниках информационного права, под таковыми нами, естественно, понимаются именно формы (формальные источники) информационного права.

⁶ Агапов А. Б. Основы федерального информационного права России. – М., 1995.

⁷ См. напр.: Барнашов А. М. Международно-правовые аспекты информационной безопасности и «информационные войны» // Российский ежегодник международного права (2004). – СПб, 2005. – С. 285–290.

⁸ Бачило И. Л. Информационное право. Основы практической информатики. – М., 2001. – С. 312–324; Бачило И. Л. Информационное право. Роль и место в системе права // Государство и право. – 2001. – № 2; Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право: Учебник / Под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 109–114, 120–131.

⁹ Белов В. Г. Социальные парадигмы информационного общества и проблемы информационного права // Проблемы информатизации. Теоретический и научно-практический журнал. – 1999. – № 3. – С. 20–27.



О. А. Гаврилов³, О. А. Городов⁴, А. А. Зайцева⁵, В. А. Копылов⁶,
А. В. Кубышкин⁷, М. А. Лапина, А. Г. Ревин, В. И. Лапин⁸,
В. Н. Лопатин⁹, В. Н. Мяснянкин¹⁰, Ю. Г. Просвирин¹¹,
М. М. Рассолов¹², И. М. Рассолов¹, А. А. Рихтер², М. А. Федотов³,
Швердяев С. А.⁴ и др.

¹ См. напр.: Судебная палата по информационным спорам при Президенте Российской Федерации: 1994–1996. Нормативные акты. Практика. Комментарии / Под ред. А. Б. Венгерова. – М., 1997.

² См. напр.: *Войниканис Е. А., Якушев М. В.* Информация. Собственность. Интернет: Традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.

³ *Гаврилов О. А.* Создание современной концепции информационного права. Доклад на конференции «Актуальные проблемы современного информационного права». – М., 2001.

⁴ *Городов О. А.* Основы информационного права России. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 58–74.

⁵ *Зайцева А.* Юридические доктрины в системе источников информационного права. // Законодательство и практика масс-медиа. – 2005. – Выпуск 9.

⁶ См.: *Копылов В. А.* Информационное право: вопросы теории и практики. – М.: Юристь, 2003. – С. 177–186; *Копылов В. А.* Информационное право: Учебник. – М.: Юристь, 2001. – С. 141–151.

⁷ См. напр.: *Кубышкин А. В.* Международно-правовые проблемы обеспечения информационной безопасности государства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002. – С. 5–6.

⁸ См. напр.: *Лапина М. А., Ревин А. Г., Лапин В. И.* Информационное право: Учебное пособие. / Под ред. проф. И. Ш. Киялханова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право. – 2004. – С. 33–36.

⁹ *Лопатин В. Н.* Предмет и методы информационного права: Лекция. – СПб, 2000; *Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А.* Информационное право: Учебник. / Под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 114–120; *Лопатин В. Н.* Информационное общество и правовое государство. (Эскиз концепции законодательства в сфере информационной безопасности). – М.: Издание Государственной Думы РФ, 1997.

¹⁰ См. напр.: *Мяснянкин В. Н.* Источники и системность информационного права Российской Федерации // <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1103/6.html>

¹¹ См.: *Просвирин Ю. Г.* Информационное законодательство. – Воронеж, 2000; *Просвирин Ю. Г.* Теоретико-правовые аспекты информатизации в современном российском государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2002. – С. 4–16.

¹² См. напр.: *Рассолов М. М.* Информационное право: Учебное пособие. – М.: Юристь, 1999. – С. 26–41.

Однако лишь в немногих работах указанные источники дефинируются, причем достаточно односложно. Например, В. А. Копылов кратко определяет источники информационного права как внешние формы выражения информационно-правовых норм⁵. Аналогично, О. А. Городов, прямо не используя в своей работе термина «источники информационного права», тем не менее, пишет о том, что «информационное законодательство выступает главенствующей формой закрепления норм информационного права и важнейшим правообразующим фактором»⁶. Вслед за ними М. А. Лапина, А. Г. Ревин, В. И. Лапин так же пишут, что «под источниками информационного права понимаются внешние формы выражения информационно-правовых норм»⁷.

При этом практически все исследователи основным источником информационного права называют информационное законодательство; более того, нередко сводя круг таковых непосредственно к информационному законодательству. Например, В. Н. Копылов пишет, что основу источников информационного права составляют нормативные правовые акты информационного законодательства, которое ныне активно развивается⁸. При этом М. М. Рассолов рассматривая вопрос об источниках информационного права, отмечает, что при анализе понятия системы инфор-

¹ См. напр.: *Рассолов И. М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. – М.: Издательство НОРМА, 2003. – С. 116–153.

² См. напр.: *Рихтер А. А.* Комментарий к Федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Законодательство и практика масс-медиа. – 2006. – Выпуск 10.

³ См. напр.: Законодательство Российской Федерации о средствах массовой информации. / Под ред. М. А. Федотова. – М., 1999.

⁴ *Швердяев С.* Информационные отношения и система информационного законодательства. // Законодательство и практика СМИ. – 1999. – № 1.

⁵ *Копылов В. А.* Информационное право: Учебник. – М.: Юрист, 2001. – С. 141.

⁶ *Городов О. А.* Основы информационного права России. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 58.

⁷ См. напр.: *Лапина М. А., Ревин А. Г., Лапин В. И.* Информационное право: Учеб пособие / Под ред. проф. И. Ш. Киялханова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2004. – С. 33.

⁸ *Копылов В. А.* Информационное право: вопросы теории и практики. – М.: Юрист, 2003. – С. 177.



мационного законодательства речь идет о совокупности норм информационного права, из которых состоит этот вид законодательства; о регулировании с помощью указанных норм права и законов различных объектов, явлений и процессов в обществе. По сути дела, понятие системы информационного права здесь непосредственно определяется через понятие системы права или через совокупность информационно-правовых норм, ее составляющих¹.

И. Л. Бачило, рассматривая вопрос об источниках информационного права, так же акцентирует внимание на «нормах права и актах, в которых эти нормы содержатся и систематизированы в определенном порядке»². При этом ученая подчеркивает, что нормы информационного права являются первичной клеткой в структуре информационного права и выступают сформулированным правилом поведения, которое предоставляет участникам информационных отношений определенного вида юридические права и предусматривает обязанности. Нормы морали, обычаи, привычки становятся нормами информационного права тогда, когда они признаны от имени общества государством – облечены в форму официального письменного документа, исходящего от компетентного лица, государственной структуры, обеспечены принудительной силой государственных институтов и включены в структуру действующего законодательства³.

Характеризуя перспективы правовой эволюции источников информационного права, М. М. Рассолов отмечает, что «система информационного законодательства не является мертвым и застывшим «материалом»⁴.

В. Н. Лопатин, исследуя вопросы перспектив развития правового регулирования информационных отношений, отмечает, что применяя особенности учения о развитии законодательства к особенностям информационного права и их отражению в зако-

¹ Рассолов М. М. Информационное право: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1999. – С. 26.

² Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право: Учебник / Под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 120.

³ Там же. – С. 121.

⁴ Рассолов М. М. Информационное право: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1999. – С. 31.

нодательстве, можно прийти к выводу, что информационное право не находит своего отражения в какой-то одной отрасли законодательства, а закреплено в нормах различных отраслей российского законодательства, что предопределяет известные трудности объединения этих норм в рамках одной отрасли – информационного законодательства¹. При этом нельзя не согласиться с утверждением автора о том, что аналогичная позиция фактически заявлялась и ранее в многочисленных работах А. Б. Венгерова, Ю. М. Батурина и некоторых других ученых.

Характеризуя особенности источников информационного права, все специалисты отмечают их «мозаичный» характер. Начиная с середины 1990-х годов сложилось понимание источников информационного права в качестве плохо структурированной совокупности отдельных отрывочных норм (о информации и отдельных ее видах, СМИ, тайнах, архивах, библиотеках и т. д.), закрепленных в нормативных правовых актах всех отраслей российского права. Например, М. М. Рассолов пишет, что распределение информационно-правовых норм и законов по указанным группам (информационно-правовые нормы Конституции, законодательство о СМИ, об информационной безопасности и др.) и условное разграничение этих групп по характеру регулируемых общественных отношений не могут быть проведены таким образом, чтобы между группами норм и законов проходила жесткая линия и нельзя было их соединить, что-то из такой-то группы вычлениить и т. д. (естественно, это не касается конституционных норм). Ведь на практике бывает все иначе: часто в ходе правоприменительной деятельности приходится увязывать и объединять разные нормы, акты, проводить комплексную квалификацию действий участников информационных правоотношений и проч. Поэтому всегда можно отыскать в конкретном виде законодательства, законе статью, положение, которые могут быть условно отнесены лишь к одной группе, поскольку они касаются

¹ *Лопатин В. Н.* Информационное общество и правовое государство. (Эскиз концепции законодательства в сфере информационной безопасности). – М.: Издание Государственной Думы РФ. – 1997. – С. 71.



и других видов актов, других групп. В то же время, как указывает ученый, можно вычлениить информационные отношения, регулируемые не одной, а двумя и более группами норм информационного права (скажем, вопросы об авторском праве отражены и в Законе Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах», и в Законе Российской Федерации «О средствах массовой информации», и в информационно-правовых нормах гражданско-правового характера)¹. С такой позицией, по сути, согласны и другие специалисты.

Проведенный анализ позволяет отметить, что многие исследователи вообще не оперируют категорией «источники информационного права», по сути, подменяя ее понятием «информационное законодательство». При этом под таким законодательством в совокупности понимаются как собственно законы, так и подзаконные нормативные правовые акты, а нередко и рекомендательные акты ненормативного характера. Например, О. А. Городов считает, что «среди федеральных актов информационного законодательства выделяются подзаконные нормативные правовые акты»². В свою очередь, В. Н. Лопатин предлагает выделять информационное законодательство в узком (система законов) и широком смысле, относя в последнем случае к законодательству все нормативные правовые акты³.

В качестве примера отметим, что помимо общей некорректности такого подхода с точки зрения современного уровня развития теории права, смешение понятий «законодательство» и «подзаконные акты» в сфере информационно-правового регулирования потенциально создает дополнительные правовые проблемы при формировании эффективного правового механизма налогообложения субъектов электронной экономической деятельности,

¹ *Расолов М. М.* Информационное право: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1999. – С. 31.

² *Городов О. А.* Основы информационного права России. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 66.

³ *Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А.* Информационное право: Учебник / Под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 116.

осуществляемой в информационной среде. О необходимости унификации понятийного аппарата права, и в частности, о необходимости единообразного понимания одних и тех же терминов, используемых в различных областях отечественной аналитической юриспруденции, говорится много и давно. Рассматриваемая проблема носит системный характер, выходит за рамки собственно информационного права и коренится, помимо прочего, в неточности положений ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации. При толковании положений особенной части Налогового кодекса Российской Федерации нередко возникает необходимость для выявления подлинной воли законодателя обращаться к нормативно-правовым актам иной, нежели Налогового кодекса Российской Федерации, отраслевой направленности. Например, такая необходимость возникает, если для выявления смысла налогово-правовых норм, в том числе в части выяснения вопроса о степени их применимости к субъектам информационной деятельности, необходимо выявление содержания отраслевых (специальных) терминов, значение которых определено в нормативно-правовых актах гражданского, административного, трудового права и т. д. Такая возможность, казалось бы, прямо предусмотрена в п. 1 ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации. Однако проблемой является то, что согласно его формулировке: «Институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом». В качестве частного замечания отметим, что указанное положение юридически безграмотно: институты выступают единицами строения отраслей права, а не отраслей законодательства. Однако главной проблемой становится то, что законодатель не учел, что с 1993 года в российской правовой системе имеется проблема неясности объема понятия «законодательство».

В различных отраслях, помимо собственно законов, в законодательство включаются или не включаются подзаконные нормативно-правовые акты. В большинстве отраслей права такой вопрос прямо разрешен в базовом (основополагающем, системообразующем) законе отрасли (как правило – кодексе). В информационном законодательстве таких положений нет. Кроме того,



нельзя забывать о том, что в силу слабой развитости центробежных тенденций в современном законодательстве, именуемом представителями концепции оборота информации «информационным», как верно указывает Н. Н. Ковалева, «подавляющая часть источников информационного права – это нормативные акты других отраслей права»¹.

Отсюда возникает неразрешенная пока коллизия – правомерно ли на основании ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации, обращаться при толковании актов налогового законодательства в части выяснения вопроса о степени их применимости к субъектам информационной деятельности, к определениям искомым понятиям, содержащимся в подзаконных нормативных актах отраслей, не включающих такие акты в отраслевое законодательство. С формально-юридической точки зрения в рамках существующей редакции ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации получается, что такие легальные определения не могут использоваться при толковании актов налогового законодательства, так как содержащие их акты не являются актами законодательства. С другой стороны, совершенно очевидно, что при таком подходе отдельные положения Налогового кодекса Российской Федерации становятся системно неподдающимися толкованию, ибо изначально конструировались ее разработчиками с мыслью о возможности обращения к таким подзаконным актам. Поэтому внесение соответствующих дополнений в акты информационного законодательства (или при разработке новых актов, например кодифицированных), в части прямого отнесения к информационному законодательству только законов, направленных на снятие этого ограничения, и разрешения указанной коллизии, назрело. Таким образом, при разработке новых актов информационного законодательства в процессе его систематизации предлагается исходить из необходимости включения в понятие «информационное законодательство» только собственно законов, а не законов и иных нормативных правовых актов, ибо обратное создаст коллизии, что сделает затруднительным установление эффективного

¹ Ковалева Н. Н. Информационное право России: Учебное пособие. – М.: ИТК Дашков и К, 2007. – С. 52.

правового режима налогообложения субъектов электронной экономической деятельности.

В целом, как справедливо отмечает В. Н. Мясников, «в специальной юридической литературе, направленной на исследование вопросов информационной сферы, ... под источниками последнего понимаются внешние формы выражения информационно-правовых норм»¹. Между тем, более полным и адекватным может быть понятие источника и информационного права в случае увязки его с общетеоретическим определением источника права и специфики информационной сферы, в которой формируются, закрепляются и реализуются информационно-правовые нормы. По мнению указанного специалиста, с учетом названных признаков источники информационного права следует определить в качестве юридически значимых способов формирования и форм закрепления информационно-правовых норм, с помощью которых реализуется государственная воля в информационной сфере жизнедеятельности общества².

Таким образом, очевидно, что при наличии упоминания о источниках информационного права практически во всех современных учебно-методических и научных работах по этой проблематике, указанные вопросы еще не нашли в отечественной науке информационного права своего системного, специального исследования. В первом приближении хотелось бы отметить, что на современном этапе развития информационного права как формирующейся отрасли права его источниками должны выступать официально определенные уполномоченными органами государства внешние формы выражения общеобязательных предписаний, призванных регулировать общественные отношения, возникающие в процессе осуществления информационной экономической и гуманитарной деятельности в электронной форме, с использованием глобальных компьютерных сетей.

¹ Источники и системность информационного права Российской Федерации [Электронный ресурс] / авт. В. Н. Мясников. – Электрон. дан. – Режим доступа: <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1103/6.html>, свободный. – Загл. с экрана. – яз. рус.

² Там же.



Отличительными особенностями источников правового регулирования информационных отношений, формирующихся в процессе использования глобальных компьютерных сетей, являются: непосредственная связанность с организацией и функционированием информационной среды; фрагментарность и системная пробыльность; отсутствие главного законодательного акта, регулирующего принципиальные вопросы функционирования информационной среды; сочетание фрагментарных положений законодательных актов общего характера и разрозненных норм различных актов, специально призванных урегулировать информационные особенности отдельных вопросов; отсутствие нормативных правовых актов органов специальной компетенции; повышающееся значение в качестве фактического источника судебного прецедента (в части вопросов правовых основ доменного пространства); наличие тенденции к возрастанию по мере развития процессов глобализации значения международно-правового регулирования; необходимость использования нормативных правовых актов временного характера.

Библиографический список:

1. *Авдеенкова М. П., Дмитриев Ю. А.* Конституционное право Российской Федерации. Курс лекций. Часть I. – М.: Профобразование, 2002.
2. *Аганов А. Б.* Основы федерального информационного права России. – М., 1995.
3. *Барнашов А. М.* Международно-правовые аспекты информационной безопасности и «информационные войны» // Российский ежегодник международного права (2004). – СПб, 2005.
4. *Бачило И. Л.* Информационное право. Роль и место в системе права // Государство и право. – 2001. – № 2.
5. *Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А.* Информационное право: Учебник. / Под ред. акад. РАН Б. Н. Топорнина. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001.
6. *Бачило И. Л.* Информационное право. Основы практической информатики. – М., 2001.
7. *Белкин А. А.* Актуальные вопросы теории и практики источников права. – М., 2006.
8. *Белов В. Г.* Социальные парадигмы информационного общества и проблемы информационного права // Проблемы информатизации. Теоретический и научно-практический журнал. – 1999. – № 3.

9. *Войниканис Е. А., Якушев М. В.* Информация. Собственность. Интернет: Традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
10. *Гаврилов О. А.* Создание современной концепции информационного права. Доклад на конференции «Актуальные проблемы современного информационного права». – М., 2001.
11. *Городов О. А.* Основы информационного права России. – СПб: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003.
12. *Зайцева А.* Юридические доктрины в системе источников информационного права. // Законодательство и практика масс-медиа. – 2005. – Выпуск 9.
13. Законодательство Российской Федерации о средствах массовой информации. / Под ред. М. А. Федотова. – М., 1999.
14. *Зивс С. Л.* Источники права. – М., 1982.
15. Источники и системность информационного права Российской Федерации [Электронный ресурс] / авт. В. Н. Мясников. – Электрон. дан. – Режим доступа: <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1103/6.html>, свободный. – Загл. с экрана. – яз. рус.
16. *Керимов Д. А.* Философские проблемы права. – М., 1972.
17. *Ковалева Н. Н.* Информационное право России: Учебное пособие. – М.: ИТК Дашков и К, 2007.
18. *Копылов В. А.* Информационное право: вопросы теории и практики. – М.: Юристъ, 2003.
19. *Кубышкин А. В.* Международно-правовые проблемы обеспечения информационной безопасности государства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2002.
20. *Латина М. А., Ревин А. Г., Лапин В. И.* Информационное право: Учебное пособие. /Под ред. проф. И. Ш. Килияханова. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право. – 2004.
21. *Лопатин В. Н.* Информационное общество и правовое государство. (Эскиз концепции законодательства в сфере информационной безопасности). – М.: Издание Государственной Думы РФ. – 1997.
22. *Лопатин В. Н.* Предмет и методы информационного права: Лекция. – СПб, 2000.
23. Марксистско-ленинская общая теория государства и права: Основные институты и понятия. – М., 1970.
24. *Мицкевич А. В.* Акты высших органов Советского государства. – М., 1967.
25. *Мясников В. Н.* Источники и системность информационного права Российской Федерации // <http://www.yurclub.ru/docs/pravo/1103/6.html>
26. Общая теория права. Курс лекций / Под ред. В. К. Бабаева. – Н. Новгород, 1993.
27. *Просвирина Ю. Г.* Информационное законодательство. – Воронеж, 2000.
28. *Просвирина Ю. Г.* Теоретико-правовые аспекты информатизации в современном российском государстве: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2002.



29. *Расолов И. М.* Право и Интернет. Теоретические проблемы. – М.: Издательство НОРМА, 2003.
30. *Расолов М. М.* Информационное право: Учебное пособие. – М.: Юристъ, 1999.
31. *Рихтер А. А.* Комментарий к Федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // Законодательство и практика масс-медиа. – 2006. – Выпуск 10.
32. Судебная палата по информационным спорам при Президенте Российской Федерации: 1994–1996. Нормативные акты. Практика. Комментарии / Под ред. А. Б. Венгерова. – М., 1997.
33. Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. М. Н. Марченко. – М., 1996.
34. Ученые зап. МГУ. – М., 1946. – Вып. 116. – Кн. 2.
35. *Швердяев С.* Информационные отношения и система информационного законодательства. // Законодательство и практика СМИ. – 1999. – № 1.
36. *Hamann F.* Das Staatsrecht der Postcommunismrepublic. – Munchen: BEK Verlag, 2004.

Право на жизнь эмбрионов: за или против?

эмбрион; право на жизнь; правоспособность; аборт

А. В. Борисова

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Проблема права на жизнь зачатых, но еще не рожденных детей (эмбрионов), имеющая глубокие нравственно-философские аспекты, в последние годы стала объектом пристального внимания среди юристов, медиков, психологов, социологов, философов и религиозных деятелей. Вопросы, связанные с правовыми проблемами определения момента начала жизни, рассматривались в работах таких отечественных и зарубежных ученых как И. А. Михайлова, Н. В. Машко, Е. А. Панкратова, Е. В. Перевозчикова и др.

Сложность, глубина и значение названной проблемы обуславливают необходимость ее дальнейшего изучения с целью совершенствования положений действующего гражданского законодательства в сфере регламентации начала правовой охраны жизни, в том числе посредством использования накопленного медицинскими учреждениями практического опыта и анализа зарубежного опыта в данном направлении.

В юридической науке сформировалось три основных подхода к вопросу определения начала охраны человеческой жизни: абсолютистский, либеральный и умеренный.

Сторонники абсолютистской позиции (В. А. Голиченко, Л. Н. Линик, И. В. Чиндин) рассматривают эмбрион как челове-



ческое существо, которое обладает безусловной ценностью и правом на жизнь с момента зачатия. Именно поэтому, по их мнению, запрещается осуществлять какие-либо действия, которые затрудняют или прекращают его развитие. Таким образом, в обязанность государства входят обеспечение условий для развития жизни на любой стадии и ее абсолютная защита¹.

Приверженцы либеральной позиции основывают свои доводы на положении, согласно которому человеческий эмбрион имеет незначительную ценность или даже лишен ее, поэтому не нуждается в какой-то особой защите и не наделяется правом на жизнь (В. С. Репин)².

Ученые, придерживающиеся умеренной (градуалистической) позиции, считают, что «оплодотворенная яйцеклетка развивается в человеческое существо постепенно, и эмбрион имеет значительную, но не абсолютную ценность. В рамках данной позиции эмбрион имеет право на жизнь, по мнению одних авторов, при достижении определенного уровня развития (Б. Херинг, М. Д. Байлес), по мнению других – при достижении жизнеспособности (М. Энгельхарт). Однако единого мнения у последователей данной теории нет. Так, подавляющее число авторов в качестве начального момента жизни называют начало физиологических родов. Другие считают началом жизни момент полного отделения ребенка от матки. Третьи предлагают перенести момент начала жизни на более ранний период – появление ребенка вне матки. Четвертая группа авторов отождествляет начало жизни с началом дыхания новорожденного³.

Как видим, в каждой из названных позиций по-разному оценивается ценность человеческого эмбриона и определения на-

¹ См. подр.: *Машко Н.* Пределы действия права на жизнь: трактовка в национальном законодательстве и практике Европейского Союза по правам человека // Журнал международного права и международных отношений. – 2008. – № 2. – С. 3–8.

² *Репин В. С.* Новые биотехногенные реальности в медицине XXI века: место и роль биоэтики // Медицина и право: Материалы конференции, Москва, 1999 г. – М.: Междунар. акад. предпринимательства, 1999. – С. 81–101.

³ См.: *Машко Н.* Указ. соч. – С. 7.

чального момента жизни, который представляет собой не одномоментный акт, а длительный процесс, каждый отрезок времени которого можно расценивать как свидетельство появления человека и начала человеческого существования.

Тем не менее, в соответствии с ч. 2 ст. 17 действующего Гражданского кодекса Российской Федерации право на жизнь возникает именно в момент рождения человека и никаких оговорок данная статья не содержит. Вместе с тем, в других статьях названного Гражданского кодекса имеются нормы, устанавливающие охрану прав человека еще до рождения. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 1116 наследниками по завещанию и закону могут быть граждане, зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Таким образом, данная норма наделяет ограниченной правоспособностью нерожденного ребенка, присваивая ему статус «субъекта права».

По-разному решается вопрос о правоспособности зачатого ребенка в законодательстве европейских стран¹. Согласно ст. 1 Гражданского кодекса Италии (1942 г.) юридическая правоспособность приобретается с момента рождения. В статьях 29 и 30 Гражданского кодекса Испании (1889 г.) определено, что гражданская правоспособность физического лица возникает с момента рождения. Ребенок считается рожденным и обладает гражданской правоспособностью, если имеет человеческое тело и проживет 24 часа с момента отделения от материнского организма. В соответствии со ст. 66 Гражданского кодекса Португалии (1966 г.) правоспособность физического лица возникает с момента завершения рождения и начала жизни ребенка. По законодательству Венгрии и Словакии человек, если он родился живым, считается правоспособным с момента зачатия. Согласно правилам, закрепленным в Гражданского кодекса Венгрии (1977 г.), человек, если он родился живым, является правоспособным с момента зачатия.

¹ См.: *Машко Н.* Пределы действия права на жизнь: трактовка в национальном законодательстве и практике Европейского Союза по правам человека // Журнал международного права и международных отношений. – 2008. – № 2. – С. 3–8.



Гражданское право Франции базируется на бесспорных естественно-научных данных: жизнь предшествует рождению. Ст. 16 Гражданского кодекса Франции отражает позицию «уважения человеческого существа с начала его жизни», которая получает развитие в других правовых источниках, устанавливающих, что жизнь человеческого существа должна охраняться с момента первых признаков ее проявления (закон Франции «О биоэтике» от 29 марта 1994 г., закон «О прерывании беременности» от 17 января 1975 г.).

В пар. 29 Гражданского кодекса штата Калифорния (1872 г.), который озаглавлен «Презумпция существования еще не родившегося ребенка; исковая давность по искам из причинения вреда, наступившего до или во время рождения», установлено, что зачатый, но еще не родившийся ребенок презюмируется уже родившимся во всех случаях, когда такая презумпция может быть полезной для защиты интересов, возникающих для него в результате его рождения.

Законы ФРГ и Испании запрещают исследования на эмбрионах человека. В Великобритании, Франции, Дании исследования на эмбрионах человека ограничены в законодательном порядке. Категорически запрещены исследования на эмбрионах человека с целью получения биологического оружия.

Таким образом, зарубежное законодательство придает существенное значение таким понятиям, как начало жизни гражданина, рождение. Причем, все большую популярность приобретает признание правового статуса и охраны зачатого ребенка, запрета опытов на эмбрионах на любой стадии их развития.

По нашему мнению, уровень сознания российского общества также приближается к границе готовности поддержать и защитить человеческий плод, признав за ним право на рождение. Об этом, в частности, свидетельствуют не только наличие в нашем законодательстве норм, наделяющих ограниченной правоспособностью нерожденного ребенка, но и активно обсуждаемая в науке проблема запрета аборт. Само число аборт в России и первое место, которое устойчиво держит Россия по этому показателю, представляется важнейшим аргументом в пользу пере-

мен. Аборт является основной причиной высокого уровня материнской смертности, бесплодия и гинекологических заболеваний. Легальный аборт и наделение женщин правом самостоятельно решать вопрос о материнстве ставит под угрозу геополитические интересы России, ибо направлен на то, чтобы сократить прирост ее населения, что приведет к ослаблению государства и последующему его окончательному распаду.

С точки зрения религиозных деятелей: «Вопрос о праве женщины рожать или уничтожить свой плод сам по себе является некорректным... – Мы не творцы, а лишь проводники чужого творческого проекта. Для верующих – это Бог, для атеистов – Природа». А раз процесс зачатия «трансцендентен», то аборт является преступным своеволием женщины или, говоря языком религии, «грехом». С самого начала, с момента зачатия эмбрион является живым существом. Для того чтобы этот зародыш, это существо превратилось в человека, ничего уже добавлять не нужно! Все уже есть! Его нужно только кормить – и он будет расти. Он будет формироваться и превратится в человека¹.

Анализ отношения российских женщин к аборту показывает, что их репродуктивное поведение в настоящее время в значительной мере определяется легальностью и доступностью аборта как метода регулирования своей фертильности. Как показывает статистика, самая большая часть абортотворчества: примерно 8 из 10 совершается «по желанию женщины», а не «по медицинским»² или

¹ Цит. по: *Баллаева Е. А.* Гендерная экспертиза законодательства Российской Федерации: репродуктивные права женщин России, МЦГИ, Проект «Гендерная экспертиза». – М., 1998.

² К числу медицинских показаний для искусственного прерывания беременности относятся: туберкулез (все активные формы), сифилис, ВИЧ-инфекция, наличие в настоящем или в прошлом злокачественных новообразований всех локализаций, острый и хронический лейкоз, врожденный порок сердца, состояние физиологической незрелости (несовершеннолетие) или угасания репродуктивной системы женщины (возраст 40 лет и больше) и др. При наличии у беременной заболевания, не указанного в перечне, но при котором продолжение беременности и роды представляют угрозу жизни или ущерба для здоровья беременной или новорожденного, вопрос о прерывании беременности решается индивидуально // См.: Перечень медицинских показаний для искусственного прерывания беременности утв. Инструкцией Минздравмедпрома РФ от 28 декабря 1993 г. № 302.



«по социальным показаниям» (наличие решения суда о лишении или об ограничении родительских прав; беременность в результате изнасилования; пребывание женщины в местах лишения свободы; наличие инвалидности I–II группы у мужа или смерть мужа во время беременности)¹.

При этом большинство женщин приводят в качестве объяснения аборту социально-психологические и экономические причины: тяжелое материальное положение большинства семей, отсутствие нормальных жилищных условий, современная структура семьи (ориентация на малодетность, увеличение числа неполных семей), тяжелый физический труд значительной части работающих женщин, условия труда, не отвечающие санитарно-гигиеническим нормам, низкий уровень репродуктивного здоровья, необходимость получения образования, сохранения места работы и из-за отсутствия зарегистрированного брака с отцом ребенка, высокое число прерываний беременности (абортов). Нередко сама социальная среда, в которой живет женщина, является основным источником негативного отношения к материнству.

Так, по рассказу одной из женщин ее беременность четвертым ребенком было словно свидетельство о позоре, которое вынуждало ее прятаться от окружающих. Известие о том, что Мария ждет четвертого ребенка, быстро разнеслась по поселку. Местные кумушки на каждом углу судачили об ожидающемся пополнении. И «общественное мнение» тут же вынесло Марии приговор: сумасшедшая, самим с мужем есть нечего, а она еще нищету плодит... При этом во внимание не принималось, что у семьи есть огород, корова и другая живность, а на земле при наличии скотины всегда можно прокормиться, только не ленись... Вот этого «приговора», всеобщего осуждения и боялась Мария, не понимая, на сколько же извращенным должно быть сознание людей, чтобы убийство младенца во чреве считалось обычным, естественным явлением, а рождение не первого ребенка – из ряда вон выходящим событием, заслуживающим сурового наказа-

¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 11.08.2003 г. № 485 «О Перечне социальных показаний для искусственного прерывания беременности» // СПС «Консультант Плюс», 2010.

ния... Косые взгляды, пересуды, непереносимое желание в общественном транспорте толкнуть или ударить локтем в живот и т. д.¹.

Аборт непосредственно связан не только с физическими страданиями (медицинские учреждения заранее снимают с себя ответственность перед женщиной за некачественную операцию аборта (невозможность в последующем вообще иметь детей) и возможные осложнения), но и с моральными травмами. Так, началом отношений Ксении с Сергеем явилась огромная страсть, постоянное желание обладать друг другом и не расставаться ни на минуту. Однако когда Ксения узнала о своей беременности, Сергей стал настаивать на аборте: «Хочешь и дальше быть со мной, иди и делай аборт». Оплатив операцию, Сергей больше не появлялся у Ксении. Она проснулась в больничной палате и без ребенка и без Сергея...².

Следует также отметить, что если ранее биологически и культурно нормальной считалась только такая сексуальная активность, которая способствовала или могла привести к зачатию, то в XX в. положение изменилось. Общественное сознание приняло тот факт, что сексуальность не направлена на деторождение, не нуждается в оправдании и является самоценной по принципу «свободный секс», основанный на легитимации чувственности, осуждении воздержания, постоянной смене партнеров, где дети являются препятствием в стремлении к сексуальному удовлетворению. И когда после такой связи возникает беременность, ее прерывают, чтобы освободиться от «неудобств».

В настоящее время, несмотря на значительное количество научных работ, посвященных затронутой проблеме, в обществе пока нет однозначного варианта ее разрешения. По мнению отдельных исследователей, аборт вносит в репродуктивное поведение некий смысл: он как бы упорядочивает мотивы как рождения детей, так и отказа от этого в целях уменьшения числа «брошенных детей», детоубийств и криминальных абортов. И все же, на наш взгляд, взвесив все «за» и «против» ограничения права на аборт в части закрепления за неродившимся ребенком относи-

¹ Трубина Т. «Осуждается... материнство» / Когда ты была во мне точкой... дочка. – Рязань, 2007. – С. 40–41.

² Там же. – С. 31



тельной правоспособности, внесения изменений в статью 17 Гражданского Кодекса Российской Федерации являются рациональной установкой. Как справедливо отмечается в литературе, законодательное определение права на жизнь человеческого эмбриона с момента зачатия (с определенными ограничениями) будет способствовать его защите (в частности, при принятии решения об искусственном прерывании беременности не по медицинским показаниям), формированию определенного отношения общества к созданию и планированию семьи, возможно, более гуманному и морально оправданному отношению к человеческому эмбриону, а также может рассматриваться в качестве обоснования для его правомерного использования в трансплантационных и научно-исследовательских целях¹.

Что же касается разрешения таких сложных вопросов как легитимность и моральная обоснованность прерывания беременности, формулирования понятий «человек» и «человеческое существо», «жизнь человека как биологический феномен» и определения ее начала и конца и др., то такие вопросы должны однозначно решаться не только на основании правовых исследований, но и с привлечением медиков, философов, богословов и т. д. Представляется также важным, что особое значение в ее разрешении должно сыграть формирование и развитие морали и культуры общества, а также государственная поддержка, выраженная в принятии соответствующих нормативных документов, направленных на:

- переориентацию системы ценностей на устойчивую, юридически оформленную семью с несколькими детьми, повышение ее престижа как в общественном мнении, так и при проведении социальной политики;
- обеспечение родителям, имеющим нескольких детей, благоприятных условий для сочетания трудовой деятельности вне дома с выполнением семейных обязанностей;
- формирование гражданской, подлинно патриотической позиции в отношении необходимости повышения рождаемости;

¹ *Машко Н.* Пределы действия права на жизнь: трактовка в национальном законодательстве и практике Европейского Союза по правам человека // Журнал международного права и международных отношений. – 2008. – № 2. – С. 3–8.

– формирование позитивного общественного мнения по отношению к мерам по стимулированию рождаемости и укреплению семьи, использование средств массовой информации, рекламы в пропаганде повышения рождаемости, укрепления семейного образа жизни, сплоченности семьи, эмоционально-позитивных отношений в семье;

– содействие молодым семьям в решении проблем, связанных с рождением и воспитанием детей, совершенствование системы помощи молодым семьям в улучшении жилищных условий;

– усиление дифференцированности социальной поддержки семей в зависимости от числа детей в них, обеспечение приоритетного стимулирования рождений второго и третьего ребенка¹ (большая величина пособий, больший процент погашения кредита на приобретение жилья, меньший первоначальный взнос при вступлении в программу «Молодой семье – доступное жилье») и др.

Библиографический список:

1. *Баллаева Е. А.* Гендерная экспертиза законодательства Российской Федерации: репродуктивные права женщин России, МЦГИ, Проект «Гендерная экспертиза». – М., 1998.

2. *Машко Н.* Пределы действия права на жизнь: трактовка в национальном законодательстве и практике Европейского Союза по правам человека // Журнал международного права и международных отношений. – 2008. – № 2.

3. *Репин В. С.* Новые биотехногенные реальности в медицине XXI века: место и роль биоэтики // Медицина и право: Материалы конференции, Москва, 1999 г. – М.: Междунар. акад. предпринимательства, 1999.

4. *Трубина Т.* «Осуждается... материнство» / Когда ты была во мне точкой... дочка. – Рязань, 2007.

¹ См.: Концепция демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года. Утв. Указом Президента Российской Федерации от 9 октября 2007 г. № 135; Постановление Правительства Москвы от 28 июня 2005 г. № 482-ПП «О концепции демографического развития Москвы» // СПС «Консультант Плюс» 2010.



Проблемы положительного права

Наследование нетрудоспособными иждивенцами по российскому законодательству: вопросы, требующие решения

наследование; иждивение; нетрудоспособность; обязательная доля; свобода завещания

А. П. Горелик

кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Произошедшие в России в последние десятилетия преобразования в социально-экономической сфере явились предпосылкой существенного изменения и обновления законодательства. Эти изменения коснулись различных отраслей права и, в первую очередь, гражданского. Расширение, а, по сути, возникновение института частной собственности послужило толчком к совершенствованию норм наследственного права с целью приближения их к существующей экономической и правовой действительности. Одним из рубежей работы законодателей в этом направлении явилось принятие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации¹, с вступлением в действие которой изменению подвергся ряд положений, имеющих концептуальное значение для наследственного права. В частности, была существенно расширена свобода завещания, изменен порядок и формы соверше-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.

ния завещаний, правовой режим завещанных вкладов, увеличен до восьми очередей круг наследников по закону, изменен порядок раздела наследственного имущества и др. Изменения коснулись также размера и режима обязательной доли в наследстве.

Вместе с тем, сложившаяся на сегодняшний день правоприменительная практика свидетельствует об отсутствии единых позиций, возникающих при рассмотрении вопросов, связанных с отнесением лиц к категории обязательных наследников и выделением им обязательной доли в наследстве.

Наследование осуществляется по завещанию и по закону, причем приоритет отдается наследованию по завещанию, посредством которого реализуется юридически закрепленная фактическая воля гражданина по распоряжению нажитым им при жизни имуществом на случай смерти.

Наследование по закону имеет место, когда и поскольку оно не изменено завещанием, а также в иных установленных Гражданского кодекса Российской Федерации случаях (ст. 1111).

Правопреемник наследственного имущества при наследовании по завещанию определяется на основе свободы воли правообладателя, выраженной им в завещании, что в полной мере соответствует закрепленному в п. 2 ст. 209 Гражданского кодекса Российской Федерации праву собственника «по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц...».

При наследовании по закону правопреемник определяется на основании воли законодателя, основанной на принципе социальной справедливости.

Одним из основных и важнейших принципов наследственного права является принцип свободы завещания, закрепленный в п. 1 ст. 1119 Гражданского кодекса Российской Федерации и заключающийся в праве завещателя по своему усмотрению завещать имущество любым лицам, любым образом определить доли наследников в наследстве, лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения; а в слу-



чаях, предусмотренных Гражданского кодекса Российской Федерации, включить в завещание иные распоряжения, а также в любое время отменить или изменить совершенное завещание.

Из этого следует, что завещание есть правомерное выражение воли физического лица, обличенное в предусмотренную законом форму и закрепляющее порядок и условия перехода имущества по наследству в случае смерти завещателя. Совершение этого акта является значимым для завещателя тем, что посредством завещания он может предопределить судьбу нажитого при жизни имущества таким образом, как он сам этого желает.

Вместе с тем, свобода завещания не является абсолютной, так как она ограничена правилами об обязательной доле в наследстве, закрепленными в ст. 1149 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Обязательная доля – это часть наследственного имущества, которая должна быть передана наследнику независимо от содержания завещания. В связи с этим завещатель должен знать, что лица, имеющие право на обязательную долю в наследстве, получают эту долю независимо от выраженной им в завещании воли.

Правила об обязательной доле в наследстве направлены на защиту имущественных интересов материально наименее защищенных наследников по закону и актуальны лишь при наличии завещания, которым все имущество завещано другим лицам, а обязательные наследники обойдены завещателем в завещании (лишены наследства завещателем либо не упомянуты им в завещании); либо если причитающаяся им часть завещанного и незавещанного имущества составляет менее обязательной доли. То есть правила об обязательной доле в наследстве направлены на поддержание определенного уровня материального достатка социально наименее защищенных наследников за счет имущества наследодателя. Данную категорию наследников называют необходимыми или обязательными наследниками.

Как отмечала Э. Б. Эйдинова, обязательная доля предназначена для того, чтобы материально обеспечивать лиц, которых завещатель содержал или обязан был содержать¹.

Законодатель дал исчерпывающий перечень лиц, которые имеют право на обязательную долю в наследстве. В соответствии с п. 1 ст. 1149 Гражданского кодекса Российской Федерации несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, а также нетрудоспособные иждивенцы наследодателя, подлежащие призванию к наследованию на основании пунктов 1 и 2 ст. 1148 Гражданского кодекса Российской Федерации, наследуют, независимо от содержания завещания, не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону (обязательная доля).

Из числа необходимых наследников на обязательную долю в наследстве не могут претендовать лишь недостойные наследники (п. 4 ст. 1117 Гражданского кодекса Российской Федерации). Право на обязательную долю не переходит по праву представления (п. 2 ст. 1142 – 1144 Гражданского кодекса Российской Федерации) и в порядке наследственной трансмиссии (п. 3 ст. 1156 Гражданского кодекса Российской Федерации), а также в порядке направленного отказа (п. 1 ст. 1158 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Следует отметить, что право на обязательную долю имеют не только нетрудоспособные дети наследодателя (в том числе усыновленные), но и дети до 18 лет независимо от рода занятий (учатся они или работают) и объема дееспособности (эмансипированные или вступившие в брак до совершеннолетия (п. 2 ст. 21, ст. 27 Гражданского кодекса Российской Федерации), а также нетрудоспособные на день открытия наследства супруг, родители (усыновители) наследодателя.

Данное право распространяется и на нетрудоспособных иждивенцев наследодателя, как состоящих в родственных отношениях с наследодателем, так и не являющихся таковыми.

В российском законодательстве отсутствует единое определение нетрудоспособных иждивенцев. Практика показывает, что

¹ См.: Эйдинова Э. Б. Обязательная доля в наследстве // Социалистическая законность. – 1977. – № 10. – С. 52.



при отнесении лица к нетрудоспособному иждивенцу, в основном обращаются к нормам Федерального закона от 17.12.2001 № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»¹, в п. 2 ст. 9 которого перечислены нетрудоспособные члены семьи умершего кормильца, а в п. 3 раскрывается понятие нахождения на иждивении членов семьи умершего кормильца.

Общий смысл отнесения лица к нетрудоспособному иждивенцу сводится к тому, что для признания его таковым лицо должно быть *нетрудоспособно* либо в силу возраста (с рождения до достижения 18 летнего возраста и по достижении 55 лет женщины и 60 лет мужчины), либо по состоянию здоровья (обладать правом на получение пенсии по инвалидности), а также *находится на иждивении*, т. е. на полном содержании другого лица или получает от последнего помощь, которая является для него постоянным и основным источником средств к существованию.

В наследственных правоотношениях нетрудоспособные иждивенцы наследодателя призываются к наследству как по закону, так и по завещанию, независимо от воли завещателя.

При наследовании по закону часть указанных наследников (супруг, родители и дети наследодателя) отнесены к наследникам первой очереди (п. 1 ст. 1142 Гражданского кодекса Российской Федерации), а иные нетрудоспособные иждивенцы наследодателя, не входящие в круг наследников той очереди, которая призывается к наследованию, наследуют по закону вместе и наравне с наследниками той очереди, которая призывается к наследованию (п. 1 ст. 1148 Гражданского кодекса Российской Федерации).

При наследовании по завещанию так называемые обязательные наследники, независимо от содержания завещания, вправе наследовать не менее половины доли, которая причиталась бы им при наследовании по закону.

Право на обязательную долю в наследстве не зависит от согласия других наследников (как по закону, так и по завещанию) на ее получение и подлежит удовлетворению независимо от принадлежности к очереди соответствующего нетрудоспособного иждивенца наследодателя.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 52. – ч. 1. – Ст. 4920.

В свою очередь, удовлетворение права на обязательную долю зависит от наличия или отсутствия завещания на имущество наследодателя или на его часть.

В случае, когда все имущество завещано, наследники, имеющие право на обязательную долю в наследстве, призываются к наследованию одновременно с наследниками по завещанию; а если завещана лишь часть имущества, необходимые наследники призываются к наследованию одновременно с наследниками по завещанию и наследниками по закону соответствующей очереди; однако обязательная доля выделяется из незавещанной части наследственного имущества. Если незавещанного имущества для выдачи обязательной доли недостаточно, нехватка может быть восполнена из завещанной части имущества.

Вместе с тем, рассматривая ограничение свободы завещания правом на обязательную долю в наследстве, следует придерживаться принципа разумности.

Как верно указывала Л. И. Корчевская, разумное ограничение свободы завещания необходимо для снятия противоречия между широкой завещательной правоспособностью наследодателя, с одной стороны, и семейно-обеспечительной функцией права наследования с другой стороны¹.

Исходя из этого, семейно-обеспечительная функция должна распространяться на членов семьи и близких родственников наследодателя, к которым относятся супруг, родители и дети (ст. 2 Семейного кодекса Российской Федерации), а также бабушки, дедушки, внуки, полнородные и неполнородные братья и сестры (ст. 14 Семейного кодекса Российской Федерации).

Если необходимость выделения обязательной доли нетрудоспособным и несовершеннолетним детям и нетрудоспособным родителям наследодателя не вызывает сомнения, так как обязанность по содержанию указанных лиц предусмотрена и при жизни наследодателя², то выделение указанной доли остальным необходимым наследникам требует уточнения и корректировки.

Ограничение свободы завещательного распоряжения известно со времен становления и развития римского права. Обязательная доля выделялась с целью защиты интересов детей наследодателя. Однако завещатель мог своим прямым указанием устранить

¹ См.: Корчевская Л. И. Институт собственности и проблемы наследования // Вестник Московского ун-та. – Серия 11. – Право. – 1992. – № 1. – С. 73.

² Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 1. – Ст. 16.



наследников от обязательной доли, но только по основаниям, установленным законом: вступление в брак против воли родителя, действия, угрожающие жизни отца, и пр.¹

Правила об обязательной доле в наследстве закреплены в законодательствах подавляющего большинства цивилизованных стран, однако обязательная доля в них предназначается лишь ближайшим родственникам: нетрудоспособным родителям, несовершеннолетним и нетрудоспособным детям наследодателя, а также нетрудоспособному пережившему супругу.

Гражданский кодекс Российской Федерации закрепил право на обязательную долю за всеми нетрудоспособными иждивенцами наследодателя, независимо от родственных отношений, что представляется не совсем обоснованным, особенно при наследовании по завещанию, т. е. при непосредственном волеизъявлении завещателя, содержавшего при жизни указанных лиц. В связи с этим выделение обязательной доли некоторым лицам, отнесенным к указанной категории, представляется дискуссионным.

Так представляется дискуссионным и требует отдельного обсуждения право на обязательную долю в наследстве, предоставленное нетрудоспособным иждивенцам наследодателя, не относящимся к близким родственникам наследодателя, и даже вовсе не являющимися таковыми, в случае нахождения их на иждивении наследодателя не менее одного года; а для последних и проживания на жилплощади наследодателя не менее одного года.

Взяв на содержание кого-либо из указанных лиц, гражданин до открытия наследства в любой момент может прекратить оказание им материальной помощи и отказать в предоставлении жилого помещения для проживания, и иждивенец не может требовать от него дальнейшей помощи, так как не обладает таким правом.

Однако законодатель лишает аналогичного права в отношении указанных лиц выраженного гражданином в завещании, по сути, перекладывая на него посмертное бремя содержания.

Представляется, что выделение доли в наследстве иждивенцам наследодателя, не относящимся к нуждающимся близким родственникам, должно, также как и взятие этих лиц на иждивение, являться правом, а не обязанностью завещателя. То есть гражданин должен сам решать, завещать такому иждивенцу какое

¹ См.: Гуцин В. В., Дмитриев Ю. А. Наследственное право и процесс: Учебник. – М.: Эксмо, 2004. – С. 20.

либо имущество или совершить в отношении его завещательный отказ, либо вовсе исключить его из числа лиц, между которыми он желает распределить наследственное имущество.

Вместе с тем, такая категория наследников как несовершеннолетние и нетрудоспособные внуки наследодателя оказались не включены в число лиц, обладающих правом на обязательную долю в наследстве их прародителей.

Связано это с тем, что законодатель не включил указанных наследников в число лиц, имеющих право на обязательную долю, которая в соответствии с п. 1 ст. 1149 Гражданского кодекса Российской Федерации распространяется на несовершеннолетних или нетрудоспособных детей наследодателя, его нетрудоспособных супруга и родителей, а также нетрудоспособных иждивенцев наследодателя.

Зачастую несовершеннолетние и нетрудоспособные дети, в случае смерти их родителя, нуждаются во всесторонней помощи, в том числе и со стороны близких родственников, одним из видов которой может являться доля в наследстве их прародителя. И закрепление за ними права на обязательную долю при наследовании по завещанию являлось бы одной из форм защиты их прав.

Кроме того, нередки случаи, когда родители уклоняются от содержания своих детей (при этом они не лишены родительских прав), либо в силу каких-либо обстоятельств (потеря работы, низкая заработная плата и т. п.) не в состоянии их содержать, и внуки фактически находятся на иждивении бабушки и дедушки.

После открытия наследства такие наследники юридически лишены права на призвание к наследству, так как оно не закреплено ни в ст. 1142 Гражданского кодекса Российской Федерации, ни в статьях 1148–1149 Гражданского кодекса Российской Федерации. В связи с этим нетрудоспособные внуки наследодателя, отнесенные законодателем к наследникам первой очереди (п. 2. ст. 1142 Гражданского кодекса Российской Федерации), находившиеся на его иждивении, оказались в худшем положении, чем наследники всех последующих очередей. Это вытекает из нормы ст. 1148 Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с п. 1 которой «граждане, относящиеся к наследникам по закону, указанным в статьях 1143–1145 настоящего Кодекса, нетрудоспособные ко дню открытия наследства, но не входящие в круг наследников той очереди, которая призывается к наследованию, наследуют по закону вместе и наравне с наследниками этой



очереди, если не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении, независимо от того, проживали они совместно с наследодателем или нет».

Можно предположить, что, указывая на лиц, не входящих в круг наследников той очереди, которая призывается к наследованию, законодатель предполагает, что все включенные в состав наследников предыдущей очереди априори относятся к таковым.

Однако из данной нормы следует, что речь идет лишь о внеочередном призвании к наследованию наследников последующих за первой очередью, тогда как внуки наследодателя и их потомки наследуют хотя и как наследники первой очереди, но лишь по праву представления (п. 2 ст. 1142 ГК РФ), и ничего в Кодексе не говорится о наследовании этих лиц в случае их нетрудоспособности и нахождения на иждивении наследодателя.

В целом, право на обязательную долю в наследстве нуждается в пересмотре. При наследовании по завещанию право на обязательную долю должно быть закреплено лишь за теми нетрудоспособными иждивенцами наследодателя, которых наследодатель обязан был содержать при жизни (гл. 13–15 Семейного кодекса Российской Федерации), и исключены из данной категории лица, которых наследодатель не обязан был содержать, но содержал по собственной инициативе, однако не упомянул их в завещании.

Изложенное позволяет сделать ряд выводов о необходимости совершенствования гражданского законодательства.

Во-первых, в Гражданском кодексе Российской Федерации целесообразно закрепить понятия «иждивение» и «нетрудоспособность», применительно к гражданским правоотношениям.

Во-вторых, следует расширить свободу завещания, сохранив ограничения лишь в отношении лиц, которых наследодатель обязан был содержать в силу закона.

В-третьих, необходимо закрепить право нетрудоспособных внуков и их потомков наследовать по закону наравне с наследниками, перечисленными в п. 1 ст. 1142 Гражданского кодекса Российской Федерации, если они не менее года находились на иждивении наследодателя, а также по завещанию, по правилам, предусмотренным ст. 1149 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Решение указанных вопросов будет способствовать расширению свободы завещания и защите прав наиболее близких родственников наследодателя.

Вторжение рекламы в область авторского права

реклама, объект рекламы, договор на производство рекламы; исключительное право, авторское право, объект исключительного права

Ю. А. Мареев

кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Приволжского филиала Российской академии правосудия

Реклама является важнейшей составляющей частью всякой предпринимательской деятельности и ее самостоятельным видом, носит массовый характер, затрагивает самые разные сферы общественной и частной жизни. Интеллектуальная собственность, правовое регулирование которой претерпело существенные изменения, нуждается в изучении в аспекте применения нового законодательства. Реклама пересекается с интеллектуальной собственностью по четырем направлениям: 1) реклама сама является объектом одного или нескольких исключительных и других интеллектуальных прав; 2) реклама включает в свой состав объекты, пользующиеся правовой охраной в качестве объектов интеллектуальной собственности; 3) реклама может размещаться на материальных носителях, в которых выражен объект интеллектуальной собственности; 4) распространение и/или размещение рекламы происходит с использованием объектов авторского (программы для ЭВМ) и/или патентного права. Все эти аспекты все вместе, хотя и в неодинаковой степени являются недостаточно изученными в юридической науке. Но на первое место здесь, безусловно, должно быть поставлено авторское право.

Коммерческая реклама изначально ориентирована на взаимодействие с нормами авторского права. По своему легальному опре-



делению она представляет собой распространенную информацию, целью которой является привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке (ст. 3 Федерального закона от 13 марта 2006 г. № 38-ФЗ «О рекламе» (далее по тексту – Закон либо Закон о рекламе)). В таком качестве (то есть как информация особого рода и состояния) она и сама по себе уже может выступать объектом авторского права, то есть рассматриваться в качестве произведения литературы либо искусства¹. Из указанных в ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации объектов авторских прав практически все могут в той или иной мере приобретать статус рекламы, как только начинают использоваться в сфере, подпадающей под действие законодательства о рекламе. Ведь ни художественное достоинство², ни назначение, ни способ выражения³ не являются сами по себе критериями, позволяющими отделить объект авторского права от результата интеллектуальной деятельности, таковым не считающимся⁴. Только творчество, продуктом которого и выступает произведение⁵,

¹ В прежнем Законе о рекламе 1995 года была статья 4, в которой специально указывалось на то, что «реклама может полностью или частично являться объектом авторского права и смежных прав». Отсутствие подобной нормы в действующем законе не изменило этого положения, но продемонстрировало более экономную юридическую технику, избегающую повторения общих мест.

² Die künstlerische Qualität ist für den Werkbegriff nicht relevant. Jediglich die Einzigartigkeit der Schöpfung ist für die Schutzwürdigkeit ausschlaggebend (Ritzinger W. Urberschutz in der Informationsgesellschaft aus technischer, juristischer und organisatorischer Sicht // <http://rechtsprobleme.at/doks/Ritzinger.pdf>).

³ Даже завершенность не является существенной для признания результата интеллектуальной деятельности произведением (Корнеев В. А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем: основания возникновения авторского права // Законодательство.– 2006.– № 11.– С. 72).

⁴ «Отсюда также становится понятно, почему реклама так часто бывает столь ужасающе громкой, такой жутко крикливой, такой мелочно навязчивой и вопреки всей эстетической пригласенности в основе своей такой безобразной. Это мечь искусства и красоты за их эксплуатацию рекламой» (Lütkehaus L. Reklame – die Pest der Kommerzgesellschaft // <http://www.untier.de/seiten/home/reklame.htm>).

⁵ Произведение – это совокупность идей, мыслей и образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения (Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. – М.: Изд-во Академии наук СССР, 1956. – С. 32).

способно составить его генетический код, с таким трудом поддающийся судебной идентификации¹.

Реклама, таким образом, может быть «коммерческим ребенком художественного творчества», рожденным по заказу коммерции и в целях коммерческой эксплуатации (вывески, слоганы, рекламные щиты и растяжки, передачи в эфир и по линии – все эти рекламные носители могут распространять информацию, созданную творческим трудом, нанятым либо перекупленным бизнесом). В этой области, наряду с массовым воспроизводством художественных клонов², изредка встречаются подлинные произведения искусства, составляющие на долгие годы интеллектуальный капитал (нематериальные активы) рекламодателей³.

Реклама образует первый уровень коммерческого использования объектов авторского права, поскольку ограничивается исполь-

¹ Творческий характер – едва ли не единственный практически неколебимый критерий произведения, в конечном счете, материализующий неповторимость уникального «интеллектуального кода» (стиля мышления и творчества) его творца: «присутствие психической деятельности автора... или выражение мысли, или достижение нового технического эффекта, или доставление эстетического наслаждения» (Панкевич А. В. Объект авторского права // Записки Императорского Новороссийского Университета. – Т. 25. – Одесса, 1878. – С. 156); «творческий характер произведения означает его принадлежность к области искусства, к сфере прекрасного» (Липцик Д. Авторское право и смежные права / пер. с фр. – М.: «Ладомир; издательство ЮНЕСКО», 2002. – С. 93); «критерий творческого характера произведения распадается на три составляющие: новизну, оригинальность и уникальность» (Корнеев В. А. Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем: основания возникновения авторского права // Законодательство. – 2006. – № 11. – С. 72). Очень образно и точно: «Außerdem muß das Ergebnis des Schaffens noch eine *persönliche Note des Schöpfers* tragen um als Werk iSd UrhG zu gelten» (Ritzinger W. Urheberschutz in der Informationsgesellschaft aus technischer, juristischer und organisatorischer Sicht // <http://rechtsprobleme.at/doks/Ritzinger.pdf>. – S. 4). Установить наличие такой уникальности в материализованной словесной либо образной информации (рукописях, изданиях, рисунках, изваяниях, кустарных и промышленных изделиях и т. д.) хотя и легче, чем степень ее художественного достоинства, с которой нередко отождествляется «коммерческая востребованность» имени создателя, но все же очень не просто.

² Обретение индивидуальности как коллективный процесс. Такова диалектика исключительности, выступающая движущей силой рекламы. The greatest possible individuality of the greatest possible number – максимальная индивидуальность максимально большого числа... (Lütkehaus L. op. cit.).

³ Фрейшвингер М. Бройера, бутылка для кока-колы, Фольксваген-жук и Порше-356 Э. Коменды и другие.



зованием их аттрактивных свойств, превращающих их при умелом обращении в эффективную приманку для покупателя и инвестора, но не воплощая непосредственно в рекламируемых объектах.

В отличие от этого, дизайн¹, например, как разновидность декоративно-прикладного искусства уже представляет собой область, где к авторскому праву понадобилось в отдельных случаях присоединить специальное право на промышленный образец, хотя первые успешные школы производственного дизайна складывались только как органический сплав искусства и ремесла². В конце концов, в исключительном праве на промышленный образец получило специальное продолжение исключительное авторское право на произведение, воплощаемое в конструкции промышленного изделия за счет использования специальных технических решений и потому заслуживающее особой правовой охраны³.

Но рекламные носители, также попадающие в число материализованных объектов дизайна и тем самым самостоятельных объектов авторского права (абз. 7 п. 1 ст. 1259 ГК РФ), как правило, не относятся к числу промышленных образцов и потому их художественно-конструкторское решение двойной правовой охраной не пользуется⁴.

¹ Это латинское по происхождению слово (*designare* = рисовать, разрисовывать) вошло в оборот многих европейских языков. В английском и французском языках *design* означает художественное решение или проект, в то время как итальянское слово *disegno* означает «рисунок» и дополнительно указывает на «оформление», подобно испанскому слову *diseño*. В противоположность немецкому значению понятия дизайн, которое лежит скорее в области искусства, значение английского слова *design* включает в себя также технико-конструктивную часть оформления вещей.

² Классический пример – Дом зодчества (более известный у нас под именем «Строительный дом» – *Vauhaus*) в Дессау, в котором некоторое время преподавал и наш соотечественник Василий Кандинский. Его основатель Вальтер Гропиус утверждал: «Архитекторы, скульпторы, художники, мы все должны вернуться назад к ремеслу! ...Художник – это следующая, более высокая ступень совершенства ремесленника».

³ По российскому законодательству конструкции изделия не только промышленного, но также и кустарно-ремесленного производства (ст. 1352 ГК РФ).

⁴ «...произведения дизайна; последние часто охраняются как промышленные образцы (ст. 1352 ГК РФ), что приводит к двойной охране» (*Гаврилов Э. П.* Комментарий к главам 69, 70, 71, 76 части четвертой Гражданского кодекса РФ. – М.: Экзамен, 2008). Хотя совершенно не исключено появление тиражируемых промышленностью рекламных носителей, производимых с использованием исключительного права на промышленный образец. В сегодняшних условиях им могла бы быть рекламная тумба, не будь она сконструирована немцем Эрнстом Литфасом (*Ernst Litfaß*) еще в позапрошлом веке.

В качестве продукта художественного творчества заказная рекламная информация подпадает под действие статей 1285, 1286, 1288, 1295 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Рекламопроизводитель, принимающий на себя обязанности «производства рекламной информации» и производства рекламного носителя по договору на производство рекламы, обязан озаботиться о чистоте интеллектуальных исключительных прав, связанных с объектом, передаваемым по заключенному договору.

Юридическая природа договора на производство рекламы изучена недостаточно хорошо. Как известно, такой договор прямо не предусмотрен в ч. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации, что создает понятные трудности, связанные с его квалификацией. Практика идет по наиболее простому пути, определяя предмет договора как «рекламную продукцию» и выстраивая отношения между рекламодателем и рекламопроизводителем по модели подрядного договора. В теории на этот счет существуют разные мнения¹. В том числе высказано предложение считать этот договор смешанным, поскольку он приводит к возникновению нескольких разнородных обязательств: 1) обязательства по созданию творческого рекламного обращения (рекламной информации) и в этой части в основе его лежит договор *sui generis*; 2) обязательство по передаче имущественных прав на использование результатов творческой деятельности, воплощенных в рекламном обращении (авторский договор); 3) обязательство по производству работ по изготовлению материальных носителей рекламы в необходимом количестве копий: плакатов, постеров, флагов-перетяжек, роликов и т. п. (договор подряда)².

Такая характеристика представляется наиболее точной, но с некоторыми оговорками. Едва ли для договора о производстве

¹ См. подр.: Санникова Л.В. Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. – М.: Волтерс Клувер, 2007 (гл. II § 1); Кузнецова О. Б. Правовое регулирование отношений, возникающих в области рекламы: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 1999. С. 15; Правовое регулирование рекламы в средствах массовой информации: Методические материалы к междисциплинарному курсу / Автор-составитель Т. М. Смылова / Под ред. А. К. Симонова. – М., 2004. – С. 47–55 и другие.

² Измайлова Е. Договор на создание наружной рекламы // Корпоративный юрист. – 2006. – № 1.



рекламы обязательен творческий характер «рекламного обращения». Если все же таковой присутствует, то возникающее обязательство сегодня уже не всегда может считаться договором, не предусмотренным ГК РФ, поскольку ст. 1288 специально предусматривает заключение договоров авторского заказа; по которому одна сторона (автор) обязуется по заказу другой стороны (заказчика) создать обусловленное договором произведение науки, литературы или искусства на материальном носителе или в иной форме. Данный договор исчерпывает содержание обязательства первого и второго типов для случаев, когда рекламопроизводителем и автором является одно и то же лицо.

В тех же случаях, когда рекламопроизводителем выступает не автор произведения, а другое лицо (рекламное агентство), перед нами оказывается действительно не поименованный договор, но к которому по аналогии могут применяться нормы договора авторского заказа (в части создания произведения рекламного характера и передачи прав на это произведение). Между автором и рекламопроизводителем при этом отношения складываются, как правило, на основе ст. 1295 ГК РФ. Исключительное право на «рекламное произведение», созданное в пределах установленных для работника (автора) трудовых обязанностей (служебное произведение) принадлежит работодателю, если трудовым или иным договором между работодателем и автором не предусмотрено иное.

Не исключено, однако, что рекламопроизводитель приобретет имущественные права на использование произведения в рекламных целях по лицензионному договору (ст. 1286 ГК РФ) либо даже по договору об отчуждении исключительного права на произведение (ст. 1285 ГК РФ). Такую же возможность имеет и рекламодатель, размещающий заказ на производство рекламы, вследствие чего вопрос о передаче исключительных либо иных имущественных прав от рекламопроизводителя к рекламодателю просто отпадает.

В результате договор на производство рекламы предстает перед нами как договор, порождающий основные и факультативные обязательства. Основными являются: обязательство по «созданию рекламной информации или рекламного обращения» и обязательство по производству работ по изготовлению материаль-

ных носителей рекламной информации. Факультативными выступают обязательство по созданию «рекламного произведения» и обязательство передачи имущественных прав на него. При таких обстоятельствах считать договор на производство рекламы смешанным договором едва ли оправдано. Скорее перед нами оказывается комплексный договор, который порождает два и более обязательства, объединенных единой хозяйственной целью. В то время как смешанный договор, сочетая в себе элементы разных договоров, служит основанием для возникновения единого обязательства¹.

Второй, не менее важный аспект взаимодействия рекламного права с правом авторским, – вторжение в область отношений, охраняемых авторским правом. Будучи продолжением конкурентной борьбы в информационной сфере, реклама нередко переступает ту грань, за которой начинается признаваемая законом зона интересов других рекламодателей². Использование рекламных решений, сходных до степени смешения, может квалифицироваться, однако, не только как недобросовестная конкуренция (п. 4 ч. 1 ст. 5 Закона о рекламе, ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»), но и как нарушение исключительных прав на «рекламное произведение» (статьи 1250 – 1253, 1301 ГК РФ), одним из возможных последствий которого является даже ликвидация юридического лица либо прекращение деятельности индивидуального предпринимателя (ст. 1253 ГК РФ). Правообладатель может предъявить к нарушителю либо иск о возмещении убытков, либо иск о выплате компенсации, определяемой по его выбору или в размере от десяти тысяч рублей до пяти миллионов рублей, определяемом по усмотрению суда; или в двукратном размере стоимости экземпляров произведения, или в двукратном размере стоимости права использования произведения, определяемой исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения (ст. 1301 ГК РФ).

¹ Собчак А. А. Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. – 1989. – № 1. – С. 61–66.

² Примеры подобного рода см., напр.: Ларионова В. А., Ларионов А. В. Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе». – М.: «ООО «Новая правовая культура», 2006. – С. 34–36.



Наконец, не исключены случаи незаконного использования в коммерческой рекламе чужих произведений (частично либо полностью), в том числе нерекламного характера без согласия правообладателей, и даже случаи плагиата – использования с присвоением авторства на эти произведения. Помимо санкций рекламного, конкурентного и гражданского законодательства об интеллектуальных правах, такие действия могут влечь за собой применение мер административной (ст. 7.12 КоАП РФ) и даже уголовной ответственности (ст. 146 УК РФ).

Библиографический список

1. *Гаврилов Э. П.* Комментарий к главам 69, 70, 71, 76 части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. – М.: Экзамен, 2008.
2. *Измайлова Е.* Договор на создание наружной рекламы // Корпоративный юрист. – 2006. – № 1.
3. *Корнеев В. А.* Программы для ЭВМ, базы данных и топологии интегральных микросхем: основания возникновения авторского права // Законодательство. – 2006. – № 11.
4. *Кузнецова О. Б.* Правовое регулирование отношений, возникающих в области рекламы: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999.
5. *Ларионова В. А., Ларионов А. В.* Комментарий к Федеральному закону от 18 июля 1995 г. № 108-ФЗ «О рекламе». – М.: «ООО «Новая правовая культура», 2006.
6. *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / пер. с фр. – М.: «Ладомир»; издательство ЮНЕСКО», 2002.
7. *Панкевич А. В.* Объект авторского права // Записки Императорского Новороссийского Университета. – Т. XXV. – Одесса, 1878. – С. 143–199.
8. *Санникова Л. В.* Обязательства об оказании услуг в российском гражданском праве. – М.: Волтерс Клувер, 2007.
9. *Правовое регулирование рекламы в средствах массовой информации: Методические материалы к междисциплинарному курсу / Автор-составитель Т. М. Смыслова / Под ред. А. К. Симонова. – М., 2004.*
10. *Собчак А. А.* Смешанные и комплексные договоры в гражданском праве // Советское государство и право. – 1989. – № 1. – С. 61–66.
11. *Lütkehaus L.* Reklame – die Pest der Kommerzgesellschaft // <http://www.untier.de/seiten/home/reklame.htm>
12. *Ritzinger W.* Urheberschutz in der Informationsgesellschaft aus technischer, juristischer und organisatorischer Sicht // <http://rechtsprobleme.at/doks/Ritzinger.pdf>.

Правовые основы системы обязательственных отношений и ответственности в сфере косвенного налогообложения

обязательственные отношения; косвенное налогообложение; ответственность; налоговые правоотношения

И. П. Гусева

кандидат юридических наук, доцент кафедры налогового процесса и контроля Российской государственного торгово-экономического университета

Необходимость совершенствования обязательственных отношений и ответственности в сфере косвенного налогообложения обусловлено самой природой налоговых правоотношений, которые носят обязательственный характер. Суть обязательства состоит в уплате налога. Так, в соответствии со ст. 57 Конституции Российской Федерации каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы¹.

Понятие «обязательство» традиционно гражданско-правовое. В соответствии с п. 1 ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнение его обязанности².

¹ Российская газета. – 1993. – 21 дек.

² Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.



Однако в отличие от гражданско-правового обязательства, данная конституционная обязанность имеет особый (публично-правовой) характер, что обусловлено природой самого государства и государственной власти. Налог – необходимое условие существования государства, поэтому платить налоги распространяется на всех налогоплательщиков в качестве безусловного требования государства. В обязанности налогоплательщиков воплощен публичный интерес всех членов общества, поэтому государство обязано и правомочно принимать меры по регулированию налоговых правоотношений в целях защиты прав и законных интересов не только налогоплательщиков, но и других членов общества. Налоговые правоотношения основаны на властном подчинении одной стороны другой. Они предполагают субординацию сторон, одной из которых – налоговому органу, действующему от имени государства, принадлежит властное полномочие, а другой стороне – налогоплательщику – обязанность повиновения. Требование налогового органа и налоговое обязательство налогоплательщика следует не из договора, а из закона.

Таким образом, обязательственный характер налогового правоотношения обусловлен самим методом правового регулирования (метод властеотношений) в том, что права и обязанности их участников определяются законами и другими актами органов государственной власти.

Эффективность механизма правового регулирования налогообложения, в том числе и косвенного, подтверждается практикой. Однако анализ основных показателей в данной сфере работы государственных органов доказывает, что он далек от совершенства.

Так, по отчетности ФНС России в настоящее время общая сумма задолженности, включая пени и штрафы, достигла 1051,1 млрд. руб., в то время как общая сумма налоговых платежей составила 2 трлн. руб. Таким образом, задолженность превышала половину годового сбора налогов. За пять лет при росте налоговых поступлений в 4,1 раза задолженность увеличилась в 3,4 раза.

Понять истинные причины сложившейся ситуации, значит найти те способы, с помощью которых можно будет создать тонко настраиваемый механизм воздействия на хозяйственное поведение юридических и физических лиц в желательном для государства направлении, отвечающим предписаниям правовых норм, заложенных в них принципах социальной справедливости.

По нашему мнению, одна из причин сбоя в работе механизма налогообложения находится в самом первом элементе ее системы – правовой норме.

Нормы права устанавливают общие и юридически обязательные правила поведения тех участников общественных отношений, которые находятся в сфере правового регулирования. Основополагающее воздействие нормы права на общественные отношения состоит в том, что она определяет круг субъектов, на которых распространяется ее действие; формулирует обстоятельство, при которых данные субъекты руководствуются ее предписаниями; раскрывает содержание самого правила поведения; устанавливает меры юридической ответственности за нарушения указанных правил. «Норма права, – указывает В. Н. Хропанюк, – это изначальный элемент механизма правового регулирования, определяющий ее основу, те направления правового поведения, которые программируются в реальных общественных отношениях»¹.

Несовершенство технико-юридического построения правовых норм Налогового кодекса Российской Федерации, определяющих систему косвенного налогообложения, позволяет налогоплательщикам не вступать в конфликт с законом, а умело следовать их предписаниям для ухода от налогообложения. Этому, на наш взгляд, способствуют также определенные пробелы правового регулирования и противоречия в законодательстве о налогах и сборах.

Мы не ставим перед собой задачу исследования всех существующих на сегодняшний день недостатков, однако основные из них попытаемся сформулировать и предложить возможные пути их решения. Это касается, прежде всего, таких вопросов как двойное налогообложение НДС или уход от налогообложения, исчисление и взимание НДС по внешнеэкономическим операциям.

В основу избежания двойного налогообложения НДС или ухода от налогообложения положены принципы: территориальности, назначения, равенства.

¹ См.: Хропанюк В. Н. Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. проф. В. Г. Стрекозова. – М.: «Дабахов, Ткачев, Димон», 1995. – С. 342.



Принцип территориальности означает, что налогом облагаются операции, совершаемые на территории данной страны вне зависимости от того, осуществляются ли они организациями данного или иностранного государства.

Принцип назначения предусматривает, что товары, перемещаемые через границу, облагаются косвенным налогом в стране потребления и, следовательно, налог на экспортируемые товары не взимается. Преимущество данного принципа по сравнению с принципом происхождения состоит в том, что на всех товарах лежит одинаковое налоговое бремя при окончательной продаже потребителю.

Принцип равенства означает, что в пределах одного государства идентичные товары облагаются налогом одинаково, т. е. НДС не должен исказить выбор предпринимателем форм и методов ведения бизнеса и влиять на выбор товаров потребителем.

В Налоговом кодексе Российской Федерации (ст. 147) впервые появилось понятие «место реализации товаров», им признается территория Российской Федерации при наличии одного или нескольких обстоятельств:

- товар находится на территории Российской Федерации и не отгружается и не транспортируется;
- товар в момент начала отгрузки или транспортировки находится на территории Российской Федерации¹.

Место реализации является основным инструментом, применяемым для избежания двойного налогообложения или не обложения налогом на добавленную стоимость.

Налоговый кодекс Российской Федерации наглядно показывает, к чему может привести использование понятия места реализации товаров без учета вышеперечисленных принципов, в результате которой, в частности, происходит потеря доходов бюджета Российской Федерации. Например, российская организация «А» закупает товар по договору комиссии у иностранной организации «В», расположенной в Германии, и завозит его на территорию Российской Федерации. Так как товар в момент начала

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 32. – Ст. 3340.

транспортировки находился на территории Германии, то территория России не считается местом реализации товара. Поэтому российская организация-комиссионер не обязана исчислять, удерживать и уплачивать в бюджет НДС за иностранное юридическое лицо, что подтверждается ст. 161 Налогового кодекса Российской Федерации, согласно которой российские организации обязаны уплачивать НДС при приобретении товаров (работ, услуг) у иностранных юридических лиц, реализованных ими только на территории России. Объектами налогообложения в данном случае являются ввоз товаров на таможенную территорию Российской Федерации (ст. 146 Налогового кодекса Российской Федерации) и операции по реализации услуг, оказываемых российским комиссионером комитенту (ст. 156 Налогового кодекса Российской Федерации).

Таким образом, в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации при заключении договора комиссии (поручения, агентского договора) НДС уплачивается таможенным органам со стоимости задекларированных товаров и с суммы дохода, полученного в виде вознаграждения комиссионера (поверенного, агента) за оказание услуг по продаже товара, являющегося собственностью комитента (доверителя, принципала).

При заключении таких договоров у предпринимателей появляется возможность продать свои товары по цене ниже, чем при продаже товаров, приобретенных по договорам купли-продажи, т. е. нарушается принцип равенства.

Это происходит следующим образом. На границе предприниматели занижают таможенную стоимость ввозимых товаров, а затем продают эти товары по цене значительно большей, чем декларируют. Как только товар пересекает границу, он становится российским товаром, и таможенные органы практически не отслеживают уровень цены, по которой он продается на территории России, считая, что обложение НДС первой реализации является компетенцией внутренних налоговых органов страны. Налоговые органы в соответствии с Налоговым кодексом Российской Федерации не могут считать у комиссионера объектом налогообложения стоимость реализованных товаров, так как ме-



стом реализации этих товаров является территория иностранного государства. Таким образом, из-под налогообложения выводится часть стоимости товара, которая не подлежит налогообложению ни в России, ни в другой стране.

Разница в экономических показателях налогообложения наглядно может быть продемонстрирована на примере продажи товаров, приобретенных по договорам купли-продажи и комиссии.

Российская организация «А» по договору купли-продажи приобретает товар в Германии у иностранной фирмы «В» за 100 тыс. руб. При ввозе товаров уплачивает НДС в сумме 18 тыс. руб. На территории России организация «А» продает товар за 150 тыс. руб., уплачивает в бюджет еще 9 тыс. руб. Таким образом, в бюджет поступает 27 тыс. руб.

При заключении договора комиссии российская организация уплачивает НДС в сумме 18 тыс. руб. со стоимости ввозимых товаров. Сумма комиссионного вознаграждения составляет 10 % стоимости проданных на территории России товаров. При стоимости проданных на территории России товаров 150 тыс. руб. сумма комиссионного вознаграждения составит 15 тыс. руб., и только с этой суммы комиссионер уплачивает 2700 руб. НДС в российский бюджет. Другими словами, в бюджет Российской Федерации эта операция дает только 20700 руб. (без учета НДС по затратам у комиссионера), т. е. 35 тыс. руб. выведены из-под налогообложения. Более того, не будут они обложены и в стране, откуда поступает товар, поскольку принципу назначения соответствует освобождение экспорта и обложение импорта товаров.

Таким образом, использование понятия «место реализации товара» без соблюдения основных принципов избежания двойного налогообложения (ухода от налогообложения) привело к уклонению от налога.

Для того чтобы привести в соответствие определение этого понятия с основными принципами избежания двойного налогообложения (ухода от налогообложения), необходимо в ст. 146 Налогового кодекса Российской Федерации передачу товаров от комитента (доверителя, принципала) к комиссионеру (поверенному, агенту) приравнять к реализации. В связи с этим предлага-

ется внести дополнение в пп. 1 п. 1 ст. 146 Налогового кодекса Российской Федерации и изложить в следующей редакции: «реализация товаров (работ, услуг) на территории Российской Федерации, в том числе реализация предметов залога и передача товаров от комитента (доверителя, принципала) к комиссионеру (поверенному, агенту), товаров (результатов выполненных работ, оказанных услуг) по соглашению о предоставлении отступного или новации, а также передача имущественных прав».

Согласно принципу назначения, который закреплен в основе главы 21 Налогового кодекса Российской Федерации, НДС, уплачиваемый поставщиком товаров (работ, услуг), используемых при производстве экспортируемой продукции, возмещается после пересечения этими товарами границы страны. При этом налог взимается при ввозе импортных товаров по ставкам, установленным для отечественных товаров. Этот принцип не позволяет НДС исказить относительные издержки производства товаров, произведенных внутри страны и за границей, и обеспечивает нейтральность налога при выборе экономических решений.

Однако, несмотря на то, что в Налоговом кодексе Российской Федерации заложен принцип назначения, на практике имеются случаи отказа в возмещении НДС при экспорте товаров.

Проблемы с зачетом НДС при экспорте товаров возникают у налогоплательщиков в случае, если они ввозят на территорию Российской Федерации товары из-за границы и вывозят их обратно в режиме экспорта без использования (или реализации) на территории России.

Согласно ст. 165 Налогового кодекса Российской Федерации, установлен определенный порядок подтверждения права на применения «нулевой» ставки НДС без уплаты налога в бюджет при экспорте товаров. В соответствии с этим порядком для получения налоговых вычетов (возмещения) по НДС необходимо иметь ряд документов, перечень которых строго фиксирован.

Даже при наличии данных документов бывают случаи, когда налоговые органы отказывают таким налогоплательщикам в возмещении НДС, ссылаясь на то, что по данным товарам нет счетов-фактур. В соответствии со ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации основанием для применения сумм НДС к возмещению является наличие счетов-фактур. Однако у нало-



гоплательщика таких счетов-фактур быть не может, но в Налоговом кодексе Российской Федерации (ст. 169) нет исключений для таких ситуаций. В п. 10 Правил ведения журналов учета полученных и выставленных счетов-фактур, книг покупок и книг продаж при расчетах по налогу на добавленную стоимость¹ указывается, что при ввозе товаров на таможенную территорию Российской Федерации основанием для регистрации в книге покупок счетов-фактур являются таможенная декларация на ввозимые товары и платежные документы, подтверждающие фактическую уплату НДС таможенному органу. Таким образом, при реализации импортных товаров на территории России суммы НДС, уплаченные при ввозе товаров, возмещаются при наличии указанных документов, а не по счетам-фактурам.

Понятно, что отказ в зачете НДС при экспорте товаров в случае отсутствия счетов-фактур является способом защиты от фальсифицированного экспорта. Необходимость предоставления экспортером счетов-фактур была установлена в совместном письме ГТК Российской Федерации и МНС России «О порядке взаимодействия таможенных и налоговых органов при проведении таможенного и налогового контроля при декларировании товаров в режиме экспорта»². В этом письме нет никаких особенностей для товаров, ввозимых на территорию Российской Федерации и вывозимых в режиме экспорта без использования и реализации на территории России.

Таким образом, все имеющиеся у экспортера документы достоверны, но таможенные органы не могут вернуть НДС по ввезенным товарам, поскольку после оформления на таможне товары становятся российскими. Следовательно, возникает необходимость внесения дополнений и уточнений в ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации, определяющей основания для принятия предъявляемых сумм налога к возмещению.

В связи с этим предлагается дополнить п. 1 ст. 169 Налогового кодекса Российской Федерации отдельным абзацем в следующей редакции: «В случае экспорта товаров, ввезенных на территорию Российской Федерации без их использования и реализации

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2000. – № 50. – Ст. 4896.

² Бюллетень «Таможенные ведомости». – 2002. – № 5.

на ее территории, НДС подлежит зачету (возмещению) на основании таможенной декларации и платежных документов, подтверждающих фактическую уплату НДС таможенному органу».

В связи с введением главы 21 Налогового кодекса Российской Федерации возникла проблема применения «нулевой» ставки в отношении услуг по транспортировке товаров, экспортируемых из России и импортируемых в Россию (пп. 2. п. 1. ст. 164 Налогового кодекса Российской Федерации). Действующее гражданское законодательство не определяет, какие услуги можно отнести к данной категории услуг. Вместе с тем, анализ положений Гражданского кодекса Российской Федерации позволяет сделать вывод, что к услугам по транспортировке грузов можно отнести услуги, оказываемые по договорам перевозки грузов (ст. 785 Гражданского кодекса Российской Федерации) и фрахтования (ст. 787 Гражданского кодекса Российской Федерации). В первом случае перевозчики непосредственно оказывают услуги по перевозке (доставке) грузов, во втором – транспортное средство предоставляется непосредственно для перевозки грузов. Однако на практике российские перевозчики заключают договоры аренды транспортных средств, в том числе для перевозки экспортных и импортных грузов, но режим налогообложения для них совершенно иной. Так, согласно Налоговому кодексу Российской Федерации «нулевую» ставку НДС могут применять российские перевозчики, осуществляющие перевозку экспортных и импортных грузов на основании договоров перевозки (ст. 785 Гражданского кодекса Российской Федерации) и договоров фрахтования (ст. 787 Гражданского кодекса Российской Федерации). Услуги по сдаче в аренду транспортных средств (статьи 632, 642 Гражданского кодекса Российской Федерации), в том числе для перевозки экспортных и импортных грузов облагаются НДС по ставке 18 % (п. 3 ст. 164 Налогового кодекса Российской Федерации). Объясняется это тем, что правовая суть данных договоров состоит в предоставлении транспортных средств во временное владение и пользование (с экипажем или без экипажа) и услуг по управлению или по технической эксплуатации или без таковых



услуг. Ничего непосредственно об услугах по транспортировке (перевозке) не упоминается.

Указанные отличия и вытекающие из них режимы налогообложения вынуждают российских перевозчиков заключать договоры, наиболее выгодные для целей налогообложения НДС. Поэтому для соблюдения принципов налогообложения НДС (принципа равенства), целесообразно создать равные правовые условия для всех вышеперечисленных категорий российских перевозчиков. В связи с этим предлагаем внести следующие дополнения в пп. 2 п. 1 ст. 164 Налогового кодекса Российской Федерации:

«2) работ (услуг), непосредственно связанных с производством и реализацией товаров, указанных в подпункте 1 настоящего пункта.

Положения настоящего подпункта распространяется на работы (услуги) по сопровождению, транспортировке (осуществляемые по договорам перевозки, фрахтования, аренды транспортных средств), погрузке и перегрузке экспортируемых за пределы территории Российской Федерации товаров и импортируемых в Российскую Федерацию, выполняемые российскими перевозчиками, и иные подобные работы (услуги), а также работы (услуги) по переработке товаров, помещенных под таможенные режимы переработки товаров на таможенной территории и под таможенным контролем.»

Рассмотрение специфики обязательственных отношений, определяющих систему косвенного налогообложения, возможно осуществить также на примере деятельности такой категории налогоплательщиков как индивидуальные предприниматели.

Предприниматели без образования юридического лица, участвуя в отношениях по установлению и взиманию со стороны государства налоговых платежей, наделяются действующим законодательством о налогах и сборах определенными правами и обязанностями.

Наделение правами индивидуальных предпринимателей, участвующих в налоговых правоотношениях, связано с необходимостью исполнения основной обязанности налогоплательщика, которая заключается в своевременной и полной уплате налогов в бюджет и внебюджетные фонды.

Права всех категорий налогоплательщиков закреплены в ст. 21 Налогового кодекса Российской Федерации. Налогоплательщики имеют право:

– получать от налоговых органов по месту учета бесплатную информацию о действующих налогах и сборах, законодательстве о налогах и сборах и об иных актах, содержащих нормы законодательства о налогах и сборах, а также о правах и обязанностях налогоплательщика, полномочиях налоговых органов и их должностных лиц;

– получать от налоговых органов и других уполномоченных государственных органов письменные разъяснения по вопросам применения законодательства о налогах и сборах;

– использовать налоговые льготы при наличии оснований и в порядке, установленном законодательством о налогах и сборах.

Кроме того, индивидуальные предприниматели-налогоплательщики имеют право знакомиться с актами проверок, проведенных налоговыми органами, право в установленном порядке обжаловать решения налоговых органов и другие права в соответствии с налоговым законодательством.

Права налогоплательщиков обеспечиваются соответствующими обязанностями должностных лиц налоговых органов (ст. 22 Налогового кодекса Российской Федерации).

Наряду с правами, налогоплательщиков в соответствии с законодательством о налогах и сборах обязывают к исполнению определенных обязанностей. При этом следует учесть, что в Кодексе предусмотренные обязанности налогоплательщика существуют постольку, поскольку существует основная обязанность налогоплательщика, и направлены на надлежащее выполнение данной основной обязанности. Таким образом, остальные обязанности налогоплательщика имеют вспомогательный, факультативный характер.

В число факультативных обязанностей налогоплательщика следует включать обязанности, предусмотренные ст. 23 Налогового кодекса Российской Федерации:

- вести в установленном порядке учет своих доходов (расходов) и объектов налогообложения;

- представлять в налоговый орган по месту учета в установленном порядке налоговые декларации по тем налогам, которые они обязаны уплачивать, если такая обязанность предусмотрена законодательством о налогах и сборах, а также бухгалтерскую отчетность;



- представлять налоговым органам и их должностным лицам в установленных случаях документы, необходимые для исчисления и уплаты налогов, а также выполнять другие обязанности, предусмотренные налоговым законодательством.

Важно также отметить, что к индивидуальным предпринимателям в случае нарушения законодательства о налогах и сборах применяются финансовые санкции, то есть меры налоговой ответственности.

В настоящее время в теории налогового права не сложилось единого подхода по вопросу определения налоговой ответственности и ее самостоятельности как вида юридической ответственности¹.

Однако следует согласиться с мнением некоторых известных исследователей в области налогового права (А. В. Брызгалин, Н. П. Кучерявенко и др.) о том, что налоговая ответственность – это самостоятельный вид юридической ответственности, который характеризуется определенными признаками:

- основанием ее применения является особый вид правонарушения – налоговое правонарушение;
- налоговым законодательством предусматривается особый порядок привлечения к налоговой ответственности;
- налоговая ответственность строится в соответствии с совокупностью принципов, присущих данному виду юридической ответственности.

Рассматривая вопрос о налоговой ответственности индивидуальных предпринимателей, следует обратить внимание на проблему взыскания налоговых санкций с указанных субъектов.

Согласно пункту 7 ст. 114 Налогового кодекса Российской Федерации налоговые санкции взыскиваются с налогоплательщиков только в судебном порядке. В соответствии со ст. 46 Налогового кодекса Российской Федерации в бесспорном принудительном порядке взыскиваются пени за несвоевременную уплату налога и сбора.

Вместе с тем необходимо отметить, что указанный порядок взыскания недоимки по налогам и сборам и пени не соответствует положениям ст. 35 Конституции Российской Федерации, со-

¹ См., например, *Налоги и налоговое право* / Под ред. А. В. Брызгалина. – М., 1997. – С. 448–508.

гласно которой никто не может быть лишен своего имущества не иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения.

В ст. 35 Конституции Российской Федерации не содержится ссылка на наличие исключений, вытекающих из законодательства Российской Федерации, поэтому существует несоответствие между указанными нормами Конституции Российской Федерации и Налоговым кодексом Российской Федерации. В связи с этим, а также учитывая значимость деятельности индивидуальных предпринимателей, существующий принудительный порядок взыскания недоимки по налогам и сборам и пени не может рассматриваться в качестве объективной необходимости. Указанная норма должна быть изменена в соответствии с общими принципами налогообложения и требованиями ст. 35 Конституции Российской Федерации.

Важно также отметить, что формами ответственности за совершение налоговых правонарушений является уголовная и административная ответственность. Ведущей мерой налоговой ответственности являются налоговые санкции, которые устанавливаются и применяются как денежные штрафы в установленном законодательством размере (например, ведение предпринимательской деятельности индивидуальным предпринимателем без постановки на учет в налоговом органе влечет взыскание штрафа в размере 10 процентов от доходов, полученных в течение указанного времени в результате такой деятельности, но не менее 20 тысяч рублей).

В соответствии со ст. 198 Уголовного кодекса Российской Федерации уклонение индивидуального предпринимателя от налогообложения путем непредставления декларации о доходах в случае, когда подача декларации является обязательной, либо путем включения в декларацию заведомо искаженных данных о доходах и расходах, совершенное в крупном размере, подлежит уголовной ответственности (штраф, обязательные работы, лишение свободы).



Исходя из вышеизложенного, следует отметить, что данные конкретные виды ответственности индивидуального предпринимателя за нарушение законодательства о налогах и сборах применяются в зависимости от характера и тяжести совершенного правонарушения, что способствует значительному оздоровлению предпринимательского климата в стране, становлению системы налогообложения индивидуальных предпринимателей и вывода их из «тени» путем создания эффективного налогового законодательства и установления справедливых и необходимых мер ответственности за нарушения налогового законодательства.

Проведенный анализ правового регулирования функционирования индивидуальных предпринимателей в сфере косвенного налогообложения и их деятельности приводит к необходимости рассмотрения некоторых правовых аспектов совершенствования механизма налогообложения указанных субъектов и внесения необходимых изменений и дополнений в действующее налоговое законодательство, регулирующее деятельность индивидуальных предпринимателей.

Вместе с тем, в Налоговом кодексе Российской Федерации прослеживается слабая связь с нормами отраслевого законодательства. Этот существенный недостаток требует устранения и в отношении законодательного регулирования деятельности индивидуальных предпринимателей. Так, например, следует включить в Главу 21 «Налог на добавленную стоимость» части второй Налогового кодекса Российской Федерации терминологию законодательства о малом предпринимательстве, в частности, Федерального закона «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации», что позволит исключить в дальнейшем принятие комплекса ведомственных нормативных актов, прежде всего ФНС России, разъясняющие термины и определения, касающиеся различных сфер деятельности индивидуальных предпринимателей, и включенные законодателем в положения Налогового кодекса Российской Федерации без учета терминов и определений, существующих в отраслевом законодательстве.

Необходимо исключить, в случае предоставления налоговым законодательством налоговых льгот налогоплательщику – инди-

видуальному предпринимателю, обязанность указанного налогоплательщика производить расчеты возможных сумм налоговых платежей, которые не должны выплачиваться в соответствии с предоставляемой законом льготой, внеся соответствующее дополнение в ст. 23 Налогового кодекса Российской Федерации.

Вместе с тем, важно освободить индивидуальных предпринимателей от уплаты таможенных платежей и ограничить количество местных налогов и сборов, взимаемых с данных субъектов органами местного самоуправления, путем внесения указанных изменений в положения Налогового кодекса Российской Федерации и нормы законодательства о налогах и сборах.

Таким образом, проведенное нами исследование показывает, что сложившаяся система налогообложения индивидуальных предпринимателей создает ряд трудностей экономического и правового характера для формирования стабильной и эффективной системы налогообложения индивидуальных предпринимателей. В связи с этим необходимо осуществить ряд мер законодательного характера, которые будут способствовать устранению недостатков и пробелов в действующем законодательстве.

Кроме того, отметим, что особенности правового статуса индивидуальных предпринимателей связаны, прежде всего, с необходимостью государственной регистрации в указанном качестве для осуществления предпринимательской деятельности, а в некоторых случаях и с наличием специальной лицензии для занятия определенными видами деятельности.

Специфика налогово-правового статуса индивидуального предпринимателя связана с особенностями налоговой дееспособности индивидуальных предпринимателей.

Вместе с тем, в налоговом законодательстве отсутствует понятие «налоговая дееспособность», которое можно встретить только в научной литературе по налоговому праву, а также отсутствуют нормы, закрепляющие специфику налоговой дееспособности индивидуального предпринимателя. В целях устранения данных пробелов в законодательстве необходимо:

– выделить в ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации индивидуальных предпринимателей как особую категорию налогоплательщиков;



– дополнить ст. 19 Налогового кодекса Российской Федерации положением о том, что налоговая дееспособность возникает у физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица со дня регистрации (постановки на учет) в налоговом органе.

Необходимо также в целях защиты прав индивидуальных предпринимателей в налоговой сфере исключить из ст. 49 Налогового кодекса Российской Федерации бесспорный порядок взыскания недоимки и пени по налоговым платежам, как противоречащий Основному закону России, в частности ст. 35 Конституции Российской Федерации.

Возможно, также исключить некоторые виды налоговых платежей из системы налогообложения индивидуальных предпринимателей, как, например, единый социальный налог, и предусмотреть возможность добровольной уплаты единого налога на вмененный доход для определенных видов деятельности, в случае введения его региональными органами государственной власти.

Следует использовать некоторые аспекты зарубежного опыта регулирования деятельности индивидуальных предпринимателей, как, например, критерий государственной регистрации на территории соответствующей страны для целей налогообложения, а не критерий места жительства физического лица, применяемый в настоящее время для целей налогообложения.

Указанные меры будут способствовать стимулированию экономической деятельности на территории Российской Федерации, проведению необходимых налоговых реформ и развитию малого предпринимательства.

Библиографический список:

1. *Хропанюк В. Н.* Теория государства и права: Учебное пособие для высших учебных заведений / Под ред. проф. *В. Г. Стрекозова*. – М.: «Дабахов, Ткачев, Димон», 1995.
2. *Тедеев А. А.* Налоги и налогообложение: Учебник для вузов. – М.: Приор, 2004.

Правовая мысль прошлого

Историческая справка

Как известно, главным критерием выбора работ, с которыми мы выходим в этой рубрике, выступает степень полезности переиздания памятника правовой мысли прошлого для современных отечественных правоведов. В этом смысле знаменитый трактат французского мыслителя Ж. Ж. Руссо (28 июня 1712 г., Женева – 2 июля 1778 г., Эрменонвиль, близ Парижа) можно отнести к числу самых влиятельных политических и правовых сочинений последних столетий.

Справедливо отмечают, что хотя идеи общественного договора находили свое отражение и в более ранней литературе, именно трактат Руссо о народном суверенитете вознес их на постамент цивилизационного значения. Идеи народовластия овладели умами человечества, практическим следствием чего и стало постепенное формирование в западной цивилизации политической модели демократического, конституционного порядка управления обществом, который при всех своих недостатках, считается наиболее прогрессивным.

Трактат Ж. Ж. Руссо увидел свет весной 1762 года. Издание книги на русском языке стало возможным лишь после принятия манифеста 17 октября 1905 г., отменившего, в частности, цензуру. В 1906 году почти одновременно книга была издана двумя русскими издателями, причем с несколько различными названиями. Допущенная тогда вольность перевода сохраняется и по сей день. Выпущенный книгоиздательством «Труд и воля» в переводе с французского Френкеля, под редакцией и с предисловием А. К. Дживилегова, трактат был озаглавлен «Общественный договор или начала политического права». Иногда эту книгу называют первым русским изданием Руссо. Однако это не совсем



так. Практически одновременно, трактат был отпечатан отдельной брошюрой издателем С. Скимунтом. Книга в переводе С. Нестеровой, под редакцией и с предисловием П. Когана была озаглавлена «Общественный договор или принципы государственного права». Именно этот вариант перевода 1906 года, мы сегодня и предлагаем нашим читателям. Примечательна личность и судьба редактора этого издания, Петра Семеновича Когана (20 мая 1872 г., Лида, Виленская губерния – 2 мая 1932 г., Москва), известного русского советского историка литературы, критика, переводчика. До революции Коган находился под некоторым влиянием взглядов Руссо, хотя и считался «литературным марксистом». После Октябрьской революции, Коган становится председателем научно-художественной секции Главного ученого совета Народного комиссариата просвещения, профессором 1-го и 2-го МГУ и ряда других вузов, с 1921 года – президент основанной им Государственной академии художественных наук. Отмечается, что П. С. Коган был одним из самых популярных советских лекторов по истории современной литературы, горячим пропагандистом советской литературы.

Представленное в настоящем томе журнала переиздание трактата Ж. Ж. Руссо, предварено предисловием к русскому изданию П. С. Когана. Полностью сохранена стилистика оригинального издания 1906 года, редакция позволила себе лишь адаптировать для восприятия современного читателя орфографию книги.

Предисловие к русскому переводу

«Общественный договор» – одна из тех книг, в которых больше вдохновения и пророческой пронизательности, чем методического мышления и научного исследования. Руссо писал в тот век, который «много верил и которому за то многое простится». Странно слышать слово «вера» в приложении к рационалистической эпохе, сокрушившей всякую веру. А между тем это так. Восемнадцатое столетие, отвергнувшее католическую религию, усвоило приемы теологического мышления. Для энциклопедистов разум играл ту же роль, какую для средневекового теолога – авторитет папы или вульгаты.

В настоящее время мы уже не строим государственных теорий так, как это делал Руссо. Мы изучаем предания и документы, мы прибегаем к помощи сравнительной социологии и языкознания, мы пользуемся методами этнографии и сравнительным изучением литературы, и только в результате кропотливой работы над обильным фактическим материалом мы решаемся выводить более или менее прочные заключения относительно первобытного строя жизни, относительно первых зачатков гражданственности. Мало того, в настоящее время мы уже знаем, что государство не везде и не всегда складывалось по одному шаблону, или, вернее, что нигде и никогда, за редкими исключениями, государства не создавались одинаково, что, исследуя процесс происхождения государства, необходимо иметь в виду то или иное определенное государство, а не фантастическое «государство вообще», которое существовало только в воображении женевского философа. В XVIII веке еще не знали научных методов исторического исследования. Руссо, сын рационалистической эпохи, нанесшей решительный удар вере, авторитету, схоластическим умствованиям, пользуется в своем рассуждении всем этим арсеналом методов старого мышления.

Средневековая церковь легко разрешала всякие противоречия. В загробной жизни должны были найти примирение и разрешение все конфликты здешнего существования. Христианский философ, веруя в непогрешимость церкви и идей, брошенных ею



в мир, легко вгонял видимые явления в схемы, гармонизировавшие с церковным учением. Он отбрасывал факты, нарушавшие стройность его схемы, объяснял неисповедимыми путями Божества те явления, который нельзя было объяснить и нельзя было отбросить. Наконец, для того чтобы еще более облегчить себе свою трудную задачу примирения непримиримого и согласования противоречивого, он приучил себя игнорировать факты и уважать авторитеты. Там, где мы исследуем явления, он ссылаясь на толкования их, уже существовавшие и принятые на веру вследствие обаяния имени высказавшего их автора. Там, где современный врач стал бы исследовать тело больного, врач-схоластик обратился бы к Гиппократу или даже скорее к писателям своеобразной христианской медицины с ее колдовством, прорчами и ведьмами.

Нетрудно доказать, что Руссо далеко не свободен от этих старых оков мистики, схоластики, догматизма и авторитета. В его системе «природа» играет ту же роль, какую в глазах христианского философа играла церковь. Почему неравенство – величайшее зло? Потому что оно явно нарушает закон природы. Эти ссылки на природу пестрят в трактате женевого философа. Естественное состояние, когда общество не вышло еще из того строя жизни, который дань самой природой, является идеалом, из которого надо исходить при оценке нормального гражданского строя. Мы видим, что основной принцип взят на веру, произвольно, и что, выбирая исходную точку, Руссо ничем не отличается по методу от любого схоластика. Раз основная посылка принята на веру, раз она не выведена индуктивным путем из фактов, Руссо не мог избежать последствий этого первого нарушения принципов научного мышления. Все, что не подходит под построения Руссо, отбрасывается как противоречащее природе, а все, служащее в подтверждение их, объявляется законом природы. Раз природа не дала ни одному человеку права распоряжаться над другим человеком, следовательно, основанием закономерной власти может быть только договор. Так из основного символа веры Руссо вытекает вся его фантастическая теория. И когда эта теория сталкивается с действительностью, когда жизнь выставляет ряд противоречий, Руссо приходится для примирения и разрешения их прибегать к излюбленным изворотам схоластического мышления. «Человек рожден свободным, а между тем он всюду в оковах». Закон природы – полная свобода, а между тем такая свобода несовместима с общественным строем, где личность непременно должна, так или иначе, подчиняться. И вот Руссо, подобно средневековому теологу, доказывает недоказуемое. В самом деле, как разрешить простое противоречие: воля и желание частного лица не совпадают с непогрешимой, по учению Руссо, волей целого? Выхода нет: либо

нужно подчинить волю частного лица целому, но тогда нет свободы; либо нужно признать, что суверен не имеет права прибегать к такому насилию, тогда свобода частного лица сохранена, но тогда падает учение Руссо о непогрешимости общей воли, об абсолютном значении суверена. Руссо, однако, находит выход. Он просто объявляет, что такого конфликта не должно быть; не может быть разногласия между телом и его членами, и если подобное оказалось, то это значить, что мы имеем дело просто с недоразумением. По его мнению, когда в собрании предлагается закон, это вовсе не значить, что граждан спрашивают, одобряют ли они его или нет. Цель голосования – выяснить общую волю, узнать, согласуется ли он с ней или нет. Большинство голосов служит только показателем этой общей воли. А раз таковая выяснена, то гражданин обязан подчиняться ей именно потому, что он свободен. «Если побеждает мнение, противоположное моему, это доказывает только, что я ошибся и что то, что я считал всеобщей волей, не было таковой. Если бы взяло верх мое личное мнение, то я сделал бы не то, что я хотел сделать, и именно тогда я не был бы свободен». Вот до чего договаривается Руссо: в проектированном им общественном строе жить согласно своим желаниям значить не быть свободным, а подчиняться чужой воле вопреки своей собственной значить быть истинно свободным гражданином. Если гражданин отказывается подчиняться общей воле, то целое принуждает его к этому силой, и это обозначает не что иное, как то, что оно «заставляет его насильно быть свободным». Так изощрялись средневековые теологи, уверяя человека, что его земные страдания вызывают его ропот только потому, что он не понимает намерений Бога, который лучше знает путь, ведущий его к истинному блаженству. Чем отличается Руссо, проповедующий насилие над личным убеждением во имя свободы, от средневековых изуверов, воздвигавших костры и виселицы во имя спасения казнимых?

Руссо – мистик в своем учении о суверене, о законодателе, о всеобщей воле, о законе. Конкретные формы у него отсутствуют. Он говорит об отвлеченных понятиях, которые никогда не могут претвориться в живые организмы. Это – мистические формулы, нанизываемые по вдохновению. История не знает примера того отвлеченного государства, строй которого нарисован им, как не знает она отвлеченного первобытного человека, созданного фантазией Руссо, как не знает сочиненного им общественного договора. Но он не только мистик, но и схоластик по своим приемам. Ссылка на авторитеты – любимый метод Руссо, заполняющего этим путем все бреши, образующиеся в здании, воздвигаемом из силлогизмов его нетерпеливой пламенной логики. Ливий и Платон, Гроций и Макиавелли часто помогают философу там, где у него не хватает аргументов, основанных на фактах.



Впрочем, у Руссо нередко встречаются попытки стать на почву научного исследования. Он делает оговорки и ограничения, которые часто грозят разрушить воздвигнутое им здание. Он много говорит о влиянии климата, о хозяйственных особенностях жизни, о количестве народонаселения, как о факторах, которые должны быть приняты в расчет при выборе той или иной формы правления. Кажется, перед нами на время является мыслитель с осторожностью научного исследователя, кажется, что теория отвлеченного «государства вообще» готова рухнуть. Но эти детали тонут в горячей вере, которой проникнут весь трактат Руссо, они служат только подтверждением его символов веры, для торжества которых приводятся самые отступления.

Но если Руссо не создал никакой ценной научной теории о происхождении государства, если его теория общественного договора давно уже уничтожена наукой, как плод его вдохновения, то он не был даже оригинален в своих мыслях для своего времени. Почти все его идеи о первобытном состоянии, о происхождении общественного строя путем договора были высказаны до него. Раньше его Гроций, Гоббс, Спиноза и в особенности Локк предвосхитили его мысли. Edmond Dreyfus-Brisac, редактор лучшего французского издания «Общественного договора», выполнил поучительную работу, снабдив текст знаменитой книги любопытными примечаниями, свидетельствующими о том, как мало мыслей у Руссо, которые не были высказаны его предшественниками.

Наконец, разрешил ли трактат Руссо практические задачи, поставленный его эпохой? Указал ли он выход обществу в виде пригодной практической системы, как это сделал Вольтер теорией просвещенного абсолютизма или Монтескье – теорией конституционной монархии? Руссо не допускает по отношению к общей воле никаких ограничений. По его учению, она не делима и не отчуждаема. Он не признает народных представителей. Народ не может передавать своей верховной власти никаким депутатам. Где народ перестает сам издавать законы и готовь откупиться от этой обязанности содержанием представителей, там начинается разложение государства. Только сам народ может всякий раз обнаружить общую волю, иначе говоря, для издания закона, этого подлинного акта общей воли, необходимо всякий раз собрание всего народа. Но как осуществить на практике подобное предложение? Руссо с упрямством мечтателя уверяет, что это возможно. По последней переписи, говорит он, в Риме было четыреста тысяч граждан, носящих оружие, а в империи – более четырех миллионов. «Сколько представляешь себе затруднений

для частых собраний огромного народа этой столицы и ее окрестностей! Между тем не проходило нескольких недель, чтобы римский народ не собирался и даже по нескольку раз. Он не только пользовался правами верховной, но отчасти и правами правительственной власти». Далее, указав, что у большинства древних правительств «существовали подобные советы», Руссо замечает: «мне кажется, что из существования факта, несомненно, вытекает заключение о его возможности». Вот и все практические указания по вопросу об осуществлении утопических идеалов Руссо. Едва ли эти неопределенные указания могли принести пользу государственным людям, которые бы пожелали осуществить идею народного суверенитета в современных колоссальных государственных организациях с десятками миллионов граждан, с сложной и разветвляющейся администрацией, с перепутанными интересами общественных групп, рожденных новыми производственными отношениями. И повсюду, где Руссо сталкивается с необходимостью дать те или иные практические указания, ему приходится либо ссылаться на исторические примеры, принятые на веру, без критики, либо взывать к человеческому благородству, либо требовать коренной ломки человеческой природы, что в его глазах казалось возвратом к естественному состоянию, отрешением от искажений, созданных цивилизацией.

Итак – мысли Руссо не новы, его методы и приемы не научны, его система неосуществима. В чем же великое значение этой странной книги, которой трепетали монархи, которую жадно читали народы, которую только теперь, через полтора века после ее появления, может прочесть русский читатель?

Бывают в истории моменты, в которые особенно ярко отливаются чаяния целых столетий. Таким моментом была эпоха накануне французской революции. Ликвидация клерикально-феодального строя, не законченная вполне еще и по сие время и уходящая своим началом в глубь средних веков, – этот великий процесс достиг кульминационного своего момента во второй половине XVIII века. Человеческая мысль напряженно работала. Приходилось в короткий срок покончить со старыми верованиями, привычками, традициями, со всеми устоями, на которых в течение веков держалось общество. Приходилось спешно сооружать новое здание, дать человечеству новые верования на место старых свергнутых богов. Одни занялись медленной, кропотливой работой, думали о прочности новых устоев, искали компромиссов с прошлым, готовы были впредь до выработки нового общественного строя пользоваться испытанными средствами старого. Не таков был нетерпеливый ум Руссо. Картина новой жизни



встала перед ним во весь свой рост сразу, озаренная светом благородных идеалов носившейся в воздухе революции. Из всех мыслителей XVIII века он один уловил политическое настроение нового времени, воплотил в сжатую яркую форму все разнообразие чувств и идей, рожденных великим демократическим движением. В то время как другие держались действительности, он рисовал идеалы. В то время как другие подходили к новым требованиям времени с меркой современного человека, он углубился внутрь самого себя, попытался отыскать в себе нетронутого человека, отрешиться от всех предубеждений, накопленных веками культурной работы, и взглянул этим непредубежденным взглядом на совершающийся процесс. В минуты, когда противоречия общественного строя выступили с особенной силой, Руссо сумел отнести частное к общему, показать на конфликте дня широкие задачи, стоявшие за этим конфликтом!.. Он вскрыл общие основы совершавшегося процесса настолько глубоко, как это только возможно было сделать, не утратив совершенно реальной почвы. Неопределенность, явившаяся результатом этого пламенного рвения и лишившая книгу Руссо практического значения, сделала ее, зато евангелием последующих поколений. «Человек рождается свободным, а между тем он всюду в оковах». Пусть эти слова, звучащие как призывной колокол, не заключают в себе ничего нового, пусть Руссо не ответил, как разрешить это противоречие, пусть он даже не доказал справедливости своего утверждения о прирожденной свободе человека, пусть это было только его горячей верой, какой для правоверного католика была идея папской непогрешимости, но этот афоризм остается самой краткой и сильной формулой, выразившей стремления не только своего века, но и будущего столетия, поставившего себе задачу освобождения человечества от всех форм эксплуатации. Какое бы содержание ни вкладывало каждое новое поколение в освободительное движение, но афоризмы Руссо остаются вдохновенным напоминанием об общей великой цели демократического движения, о том более широком и важном, что скрыто за изменчивыми перипетиями борьбы.

Если взглянуть на книгу Руссо с этой точки зрения, то мы поймем то могучее действие, которое она производила и продолжает производить на умы, и все упомянутые недостатки превратятся в достоинства. В настоящее время нет смысла сопоставлять отдельные мысли Руссо с соответствующими изречениями Гроция и Локка. По остроумному замечанию Брисака, все писатели – бессознательные плагиаторы, потому что все они творят по воспоминаниям. Но не менее верно, что это оригинальные и неоригинальные книги. «Дух законов» и «Общественный договор» –

книги оригинальные. Авторы не изобретают букв алфавита, не изобретают слов, образующихся из этих букв, не изобретают ни идей, ни сюжетов; но существует способ выбора, комбинирования и даже выражения идей, который есть творчество. Сравнительное значение каждой из них определяется тем порядком, в котором они представлены, заключениями, выведенными из сопоставления их. Это не только искусство, но и открытие. Это знакомые идеи, но новая книга. Руссо знал своих предшественников!.. Новый строй жизни, шедший на смену феодализму, уже задолго до Руссо требовал своего философского обоснования, своей религии, своей морали, своего выражения на человеческом языке. Человеческая мысль подходила к этой задаче со всех сторон. Отдельные части работы были выполнены, некоторые оставались недоконченными. Первыми Руссо воспользовался, вторые частью предугадал, частью заменил искусными подделками, и целое впервые предстало в ослепительно-ярком свете. Нужно было ниспровергнуть все старое, чтобы начать с самого начала. Что до того, что впоследствии стали возрождать многое из разрушенного, что разочаровались во многом, воздвигнутом наспех. Коренной пересмотр всего строя с точки зрения оскорбленного и угнетенного человечества был произведен. Новое общество, еще не сформировавшееся, еще жаждавшее своего обновления, увидело в трактате Руссо отражение своих заветных стремлений.

Возьмите любую из идей Руссо, и вас поразит практическая несостоятельность автора с одной стороны и увлекающая сила его критики – с другой. Он не укажет ясных новых форм общественной жизни, но он заронит в своем читателе неугасимую искру святого недовольства, заразит его своей горячей верой в торжество свободы, поселит в нем активное мужество, стремление к исканию новых путей и ненависть к старому авторитарному строю. Это обычная манера Руссо. Он изображает с неподражаемой силой заманчивый, но недостижимый идеал, а затем неумело, путаясь в собственных противоречиях, указывает, как осуществлять этот идеал, как урезать его согласно требованиям практики. Эта своеобразная манера зажигает неутолимую жажду в читателе. Она поселяет в нем веру в возможность достижения недостижимого. Манфреды и Вертеры, Рене и Каины с их грандиозными притязаниями, с их требованиями безграничной свободы для личности – родные дети Руссо. В «Новой Элоизе» Руссо сначала пропел восторженный гимн свободной страсти, создал культ чувства, а затем в конце романа, точно испугавшись революционного действия первых пламенных страниц, сталь



превозносить в лице Юлии «верную супругу и добродетельную мать». Нужно ли говорить, что публика поверила больше первой части, чем второй, что робкие заключительные страницы не могли уничтожить неотразимого действия первых, что, разбив все преграды, все предрассудки, стоящие на пути свободной любви, Руссо напрасно пытался потом восстановить их?

То же случилось и с «Общественным договором». Трудно указать более мирного гражданина, чем его автор. Этот проповедник неограниченной свободы в своих практических указаниях налагает на граждан такие цепи, которые ничем не отличались от старых цепей. Он доходит до геркулесовых столбов в проповеди рабства, которое путем особых парадоксальных построений оказывается высшей свободой. Чего-чего только не найдем мы в этом странном трактате. Его автор – апологет смертной казни. Он защищает рабство. Он считает нормальным экономическое неравенство, уверяя, что под равенством следует разуметь вовсе не то, что все граждане должны быть одинаково богаты и могущественны, а то, что ни один не должен обладать таким богатством, чтобы купить другого, и ни один не должен быть настолько беден, чтобы продать себя. Он требует, чтобы человек подчинялся воле большинства, хотя бы решение последнего шло в разрез с его собственной волей. До какой степени апологетом насилия и деспотизма является Руссо, всего лучше показывают его рассуждения о диктатуре и религии. Если, говорит он, возникает для государства такая страшная опасность, что сила законов служит препятствием для спасения отечества, тогда учреждается диктатура, т. е. избирают высшего начальника, заставляющего смолкнуть все законы и на время приостанавливающего верховную власть. Все оговорки, приводимый Руссо, вся его казуистика, имеющая целью доказать, что диктатура, приостанавливающая действие законов, не отменяет их, – все это не в состоянии уничтожить факта признания целесообразности диктатуры апологетом законности и свободы. Так же неудачно соединяет Руссо идеал религиозной свободы с вмешательством государства в религиозные убеждения гражданина. Для государства очень важно, чтобы у каждого гражданина была религия, заставляющая его любить свой долг, но догмы этой религии интересуют государство и его членов, лишь поскольку эти догмы имеют отношение к морали и к обязанностям, которые исповедующий их должен исполнять по отношению к другим. «Итак, существует вероисповедание чисто гражданское, догматы которого должен устанавливать верховный властелин, не совсем так, как религиозные догматы, но как чувства общности, без которых невозможно быть хорошим гражданином или верным под-

данным. Не имея власти заставить кого-нибудь верить им, он может изгнать из государства всякого, кто им не верит. Он может изгнать его не в качестве нечестивца, но в качестве антиобщественного человека. Если кто-либо, признав публично эти самые догматы, ведет себя так, как будто не верит им, то да будет он предан смерти. Он совершил величайшее из преступлений: он солгал перед законами». Так от проповеди терпимости Руссо неожиданно перешел к проповеди изуверства и религиозных гонений. Точно не все равно для горящего на костре или качающегося на виселице иноверца, казнен он в качестве нечестивца или в качестве «антиобщественного» человека! Вот до чего может договориться мечтатель, усвоивший приемы и фанатическую веру отвергнутого им прошлого. Тогда жгли во славу Бога, – Руссо готов воздвигнуть костры во имя свободы.

В своих практических указаниях Руссо – покорный раб условий, общественных и государственных цепей. В своих исходных точках он – первобытный сын природы, не знающий других повелителей, кроме природных инстинктов. И подобно тому, как его читатели не поверили последним главам «Новой Элоизы», так не поверили они и в «Общественном договоре» его оговоркам и его парадоксам. Из его учения о религии они усвоили лишь мысль, что «каждый может держаться какого угодно мнения», что «другой мир не подлежит компетенции верховного властелина». Его диктатуру, учреждаемую в моменты «величайшей опасности» во время революции, каждая группа и каждый демагог, временно захватывавший власть, толковали в свою пользу. Подобно Руссо, они пламенно верили, что можно переkreить жизнь народов по тем законам, которые были взяты из их собственного нетерпеливо бившегося сердца. В 1794 г. якобинцы думали вздернуть на дыбы Францию и превратить ее в республику Руссо, претворяя в дело мечту женеvского философа о своеобразной свободе с диктатурой и казнями. Европейское общество забыло ограничения, но оно помнило и помнит изречения, сильные, как сталь, и горячие, как пламя: «Поскольку человек принужден повинаться и повинуетя, он поступает хорошо; как только он сбрасывает иго, он поступает еще лучше, так как при возвращении себе народом свободы посредством того же права, которое отняло ее у него, или он в праве взять ее обратно, или не в праве были взять ее у него». «Аристотель сказал: люди не равны: одни рождаются для рабства, другие – для господства.

Аристотель был прав, но он принял следствие за причину. Всякий человек, рожденный в рабстве, рожден для рабства. Нет ничего вернее этого. Рабы теряют



в своих цепях все, даже желание сбросить их. Они любят свою неволю, как спутники Улисса любили свое животное состояние. Если есть рабы по природе, то потому, что были рабы вопреки природе. Сила создала первых рабов, их малодушие увековечило их». «Всякая власть от Бога, я это признаю. Но от Него также всякая болезнь. Значит ли это, что запрещено призывать врача?». «Единичная личность может продать свою свободу, но народ – нет. За что продавать себя народу? Король отнюдь не дает пропитания народу, напротив, из него он извлекает свое. Следовательно, подданные отдают свою личность с условием, чтобы взяли также их имущество. Что же останется им?». «Если случается, что народ учреждает наследственное правительство, монархическое ли, закрепленное за одной известной династией, или аристократическое, закрепленное за известным сословием, то это не есть обязательство, принятое народом на себя; это – временная форма, которую он придает администрации, пока ему не будет угодно распорядиться ею иначе... Государство не более обязано сохранять за своим главой гражданскую власть, чем за своими генералами военную... Акт, учреждающий правительство, есть не договор, а закон. Хранители исполнительной власти – не начальники народа, но его чиновники. Он может назначать и сменять их, когда ему угодно» – роковые мысли, гнездившиеся в голове французов, когда голова Людовика XVI скатилась на эшафоте.

Эти изречения – точно высеченные из мрамора воплощения идеалов, которые еще долго будут стоять перед человечеством, борющимся за свою свободу. Если Руссо не свободен от приемов прошлого, то он нанес самый сильный удар этому прошлому. Авторитарный строй, где подавленная личность приносилась в жертву всевозможным богам, уже не мог воскреснуть после «Общественного договора». Мечта о новом строе, где все стороны человеческой природы получают возможность полного развития, – эта мечта, ждущая своего претворения в жизнь, увековечена в этом маленьком трактате.

П. Коган

Общественный договор, или принципы государственного права¹

(Начало. Окончание в № 2/2010.)

Руссо; общественный договор; государственное право; верховная власть

Ж. Ж. Руссо

французский писатель, мыслитель, композитор

Предисловие

Этот небольшой трактат представляет извлечение из более обширного сочинения, которое я начал когда-то, не рассчитав своих сил, и давно уже оставил. Из разных отрывков, которые можно было извлечь из написанного, предлагаемый здесь наиболее значителен, и мне казалось, что она заслуживает внимания публики. Остального уже нет.

Книга первая

Foederis aequas
Dicamus leges.
Virg. Aeneid., XI.

Я хочу исследовать, может ли в гражданском строе, если мы возьмем людей такими, как они есть, а законы такими, какими они могут быть, существовать принцип законного и надежного правления. Я всегда буду стараться в этом исследовании соеди-

¹ Текст воспроизводится по изданию: Ж. Ж. Руссо. Общественный договор, или принципы государственного права / Полный перев. с французского С. Нестеровой, под редакцией и с предисловием П. Когана. – М.: Издание С. Скимунта, 1906.



нять то, что позволяет право, с тем, что требует интерес, для того, чтобы не отделять справедливости от пользы.

Я приступаю к изложению, не доказывая важности моей темы. Меня спросят, не пишу ли я о *политике* потому, что я правитель или законодатель. Я отвечаю, что нет, и *что* именно поэтому я пишу о политике. Если бы я был монархом или законодателем, я бы не стал терять времени в разговорах о том, что надо делать; я бы делал это или молчал.

Раз я рожден гражданином свободного государства, членом верховной власти, то права подавать свой голос, как бы ни слабо могло оказаться его влияние в общественных делах, достаточно, чтобы наложить на меня обязанность изучать их: я счастлив, что всякий раз, размышляя о различных правительствах, я нахожу в своих исследованиях новые поводы, чтобы любить правительство своей страны!

Глава I.

Предмет этой первой книги.

Человек рожден свободным, а он всюду в оковах. Свободным считает себя повелитель других, и в то же время он еще более раб, чем они. Каким образом случилось это превращение, я не знаю. Кто может сделать его законным? Я, кажется, могу разрешить этот вопрос.

Если бы я рассматривал только силу и действие, которое она производить, я бы сказал: «поскольку народ принужден повиноваться и повинует, он поступает хорошо; но как только он может сбросить иго и сбрасывает его, он поступает еще лучше, так как при возвращении народом себе свободы посредством того же права, которое отняло ее у него, или он в праве ее взять обратно, или не в праве были отнять ее у него». Могут возразить, что общественный строй – это священное право, которое служит основанием всем другим. Но это право не дано природой, оно основано на соглашениях. Необходимо узнать, каковы эти соглашения. Прежде чем перейти к этому, я должен установить то, что только что утверждал.

Глава II.

О первых обществах.

Самое древнее из всех обществ и единственное естественное – они нуждаются в нем для сохранения своего существования. Как только прекращается эта необходимость, уничтожается естественная связь. Дети, освобожденные от послушания, которым

они обязаны отцу; отец, освобожденный от забот, которыми он обязан по отношению к детям, – и та, и другая сторона становятся снова независимыми. Если они остаются связанными, то уже не в силу естественных причин, а по своей доброй воле, и семья тогда поддерживается только соглашением.

Эта общественная свобода – следствие природы человека. Его первым законом является стремление к самосохранению, его первой заботой – забота о себе самом, и как только он достигает разумного возраста, он делается своим собственным господином, так как он один является судьей в выборе средств для самосохранения. «Следовательно, если хотите, семья – первый образ политических обществ: глава их подобен отцу, а народ – детям, и все, рожденные равными и свободными, отчуждают свою свободу только для своей пользы. Вся разница в том, что в семье любовь отца к детям вознаграждает его за заботы о них, а в государстве эту любовь, которой глава не чувствует к своему народу, заменяет наслаждение властью.

Гроций отрицает, что всякая человеческая власть учреждается в пользу тех, которыми управляют: он приводит в пример рабство. Самый обычный способ его рассуждения – устанавливать право посредством факта. Можно было бы употребить метод более последовательный, но не более благоприятный для тиранов.

По мнению Гроция, следовательно, сомнительно, принадлежит ли род человеческий сотне людей или принадлежит ли эта сотня людей человеческому роду; и, по-видимому, он во всей своей книге склоняется к первому мнению; к этому также склоняется Гоббс. Таким образом, род человеческий разделен на стада скотов, из которых каждое имеет своего пастуха, оберегающего его, чтобы пожрать.

Так же как пастух по своей породе выше, чем его стадо, так и пастыри людей, каковыми являются их правители, принадлежать к высшей породе, чем их народы. По свидетельству Филона, так рассуждал император Калигула, выводя из этой аналогии довольно последовательное заключение, что цари – боги, или народы – скоты.

Рассуждение Калигулы похоже на рассуждения Гоббса и Гроция. Раньше их всех Аристотель также сказал, что люди не созданы природой равными, что одни рождаются для рабства, другие – для господства.

Аристотель был прав; но он принимал следствие за причину. Всякий человек, рожденный в рабстве, рожден для рабства; нет ничего вернее этого. Рабы теряют все в своих цепях, даже желанные сбросить их; они любят свою неволю, как спутники Улисса



любили свое животное состояние. Если есть рабы по природе, то потому, что были рабы вопреки природе. Сила создала первых рабов, их малодушие увековечило их.

Я не упомянул о царе Адаме и об императоре Ное, отце трех великих монархов, которые разделили между собою вселенную, как сделали дети Сатурна, которых узнавали в них. Я думаю, мне будут благодарны за эту сдержанность, так как, происходя по прямой и, может быть, старшей линии от одного из этих монархов, кто знает, не оказался ли бы я при проверке званий законным королем человеческого рода? Как бы то ни было, нельзя оспаривать, что Адам был царем мира, так же как Робинзон – своего острова, пока он был его единственным обитателем. И что в этом государстве было очень удобно, это то, что монарх, уверенный в своем престоле, мог не опасаться ни восстаний, ни войн, ни заговорщиков.

Глава III.

О праве сильнейшего.

Никогда самый сильный не бывает достаточно силен, чтобы всегда быть повелителем, если он не превратит свою силу в право, а повиновение – в долг. Отсюда – право сильнейшего, по-видимому, право, употребленное в ироническом смысле, а в действительности возведенное в принцип. Но объяснят ли нам когда-нибудь это слово? Сила – это физическая мощь; я не вижу, какая мораль может быть результатом ее проявлений. Уступить силе – акт необходимости, а не воли; самое большее – это акт осторожности. В каком смысле это может быть долгом?

Допустим на минуту это мнимое право. Я говорю, что из этого произойдет только невообразимая галиматья, так как, раз сила создает право, следствие изменяется вместе с причиной; всякая сила, превышающая предыдущую, наследует и ее право. Раз только можно безнаказанно не повиноваться, это можно делать законно, и так как самый сильный всегда прав, то дело только в том, чтобы суметь стать самым сильным. Что же это за право, которое погибает, когда прекращается сила? Если нужно повиноваться насильно, нет необходимости повиноваться по долгу, и как только нас не заставляют силой повиноваться, мы более и не обязаны делать это. Мы видели, следовательно, что это слово «право» ничего не прибавляет к силе; оно здесь ничего не обозначает.

Повинуйтесь властям. Если это должно означать: уступайте силе, – предписание хорошо, но излишне; я ручаюсь, что его никогда не нарушат. Всякая власть от Бога, я это признаю; но от не-

го также всякая болезнь. Значить ли это, что запрещено приглашать врача? Разбойник нападает на меня в лесу: неужели я должен отдать свой кошелек, не только вследствие силы, но обязан был бы отдать его по совести и в том случае, если бы я мог взять его обратно? Ведь в конце концов пистолет, который он держит, – также власть.

Согласимся же, что сила не есть право и что мы обязаны повиноваться только законной власти. Итак, опять возникает мой первоначальный вопрос.

Глава IV.

О рабстве.

Так как ни один человек не имеет естественной власти над себе подобным и так как сила не производит никакого права, соглашение остается единственным основанием всякой законной власти среди людей.

Если частное лицо, говорит Гроний, может отчудить свою свободу и стать рабом хозяина, почему не может целый народ поступить так же и стать подданным короля? Здесь много слов с двойным значением, которые нуждались бы в объяснении; но будем держаться только слова «отчудить». Отчудить это значит отдать или продать. А человек, который становится рабом другого, но отдает себя в дар; он продает себя, по меньшей мере, за свое содержание; но за что народ продает себя? Король отнюдь не доставляет пропитания своим подданным; он свое собственное извлекает только из них; а по мнению Рабле, король живет не малым. Следовательно, подданные отдают свою личность с условием, чтобы взяли также их имущество? Я не вижу, что же у них останется.

Скажут, что деспот обеспечивает для своих подданных и гражданское спокойствие. Хорошо; но что они от этого выиграют, если войны, которые на них навлекает его честолюбие, если его ненасытная жадность, если притеснения его министров мучают их больше, чем мучили бы их междоусобицы? Что выиграют они от этого, если самое это спокойствие – одно из их несчастий? И в темницах живут спокойно: довольны ли этого, чтобы чувствовать себя там хорошо? Запертые в пещере Циклопа, греки сидели там спокойно, ожидая, когда настанешь их очередь быть сожранными.

Сказать, что человек отдает себя даром, это значить сказать нелепую вещь, абсурд; такое действие незаконно и недействительно уже потому только, что тот, кто совершаешь его, находится не в здравом уме. Сказать то же самое о целом народе, это – предположить народ безумным: безумие не составляет права.



Если бы каждый мог отчудить себя самого, он не может отчудить своих детей; они рождаются людьми и свободными; их свобода принадлежит им; никто, кроме них, не может распоряжаться ею. До достижения ими зрелого возраста отец может от их имени заключать условия для их сохранения и для их благополучия, но он не может отдать их бесповоротно и без условия, так как такой дар противоречит целям природы и превышает отцовские права. Для того чтобы самодержавное правительство стало законным, было бы, следовательно, необходимо, чтобы при каждом поколении народ был властен принять или отвергнуть его; но в таком случае это правительство более не было бы самодержавным.

Отказаться от своей свободы – значит отказаться от своего человеческого достоинства, от прав человеческого рода, даже от своих обязанностей. Нет никакого возможного вознаграждения для того, кто отказывается от всего. Такое отречение несовместимо с природой человека, и лишит свою волю всякой свободы – значит лишит свои действия всякой нравственности. Наконец бесполезно и проникнуто противоречием такое соглашение, которое одной стороне выговаривает неограниченную власть, а другой – беспредельное повиновение. Разве не ясно, что не существует никакого обязательства по отношению к тому, от кого имеешь право требовать всего? И одно это условие без эквивалента, без обмена, не влечет ли за собою недействительность самого акта? Какое право мог бы иметь по отношению ко мне мой раб, если все, что он имеет, принадлежит мне и если его право, будучи моим, право мое против меня же, является словом без всякого смысла?

Гроций и другие выводят из войны другое происхождение мнимого права рабства. Так как, по их мнению, победитель имеет право убить побежденного, то последний может выкупить свою жизнь ценою своей свободы, – соглашение тем более законное, что оно обращено в пользу обоих.

Но ясно, что это мнимое право убивать побежденных никоим образом не вытекает из сущности войны. Что люди по природе не враги, следует из того, что, живя в первобытной независимости, они не находятся в таких постоянных отношениях, чтобы устанавливать положение войны и положение мира. Отношение вещей, а не людей, устанавливает войну, и так как война не может возникнуть из простых личных отношений, а только из отношений владения, то частная война, или война человека с человеком, не может существовать ни в естественном состоянии, когда нет

постоянной собственности, ни в общественном строе, когда все находится под властью законов.

Частные столкновения, дуэли, стычки являются действиями, не создающими положения; а что касается частных войн, разрешенных постановлениями Людовика IX, короля Франция, и запрещенных «Божьим Миром», то это – злоупотребления феодального правительства, бессмысленная система, если она только когда-нибудь была таковой, противоречащая принципам естественного права, всякой правильной государственности.

Итак, война – вовсе не отношение человека к человеку, а отношение государства к государству, в котором частные лица являются только случайно врагами, не как люди и даже не как граждане, но как солдаты; не как члены отечества, но как его защитники. Наконец всякое государство может иметь врагом только другие государства, а не людей, так как между предметами, различными по природе, нельзя установить никаких настоящих отношений.

Этот принцип даже соответствует установленным правилам всех времен и постоянной тактике всех просвещенных народов. Объявление войны является не столько уведомлением властей, сколько их подданных. Иностранец, будь то король, частное лицо или народ, если он крадет, убивает или захватывает подданных, не объявляя войны монарху, – не неприятель, это – разбойник. Даже в разгаре войны справедливый монарх завладевает в неприятельской стране всем, что принадлежит обществу, но он уважает личность и имущество частных лиц, он уважает права, на которых основаны его права. Так как целью войны является разрушение неприятельского государства, то имеют право убивать защитников его, пока у них в руках оружие; но как только они складывают его и сдаются, переставая быть неприятелем или орудием неприятеля, они снова становятся просто людьми и на их жизнь больше не имеют права. Иногда можно убить государство, не убивая ни одного из его членов; война не дает никакого права, которое не является необходимым для ее цели. Эти принципы – не принципы Гроция; они не основаны на авторитете поэтов, но они вытекают из природы вещей и основаны на разуме.

Что касается права завоевания, то оно не имеет другого основания, кроме закона сильного. Если война не дает победителю права избивать побежденные народы, то это право, которого он не имеет, не может быть основой права на порабощение их. Только тогда имеют право убить неприятеля, когда его еще не могут сделать рабом; право сделать его рабом, значит, не происходит от права убить его; следовательно, несправедлив обмен, в силу которого его за-



ставляют покупать ценою своей свободы свою жизнь, на которую не имеют никакого права. Основывая право над жизнью и смертью на праве рабства и права рабства – на праве над жизнью и смертью, не ясно ли, что мы попадаем в заколдованный круг?

Допуская даже это ужасное право убивать всякого, я говорю, что раб, созданный войной, или побежденный народ связан со своим господином только необходимостью повиноваться ему, насколько он принужден к этому силой. Беря за его жизнь равнозначную ценность, победитель этим не оказал ему никакой милости: вместо того, чтобы убить его бесплодно, он убил его с пользой; значит, он отнюдь не приобрел над ним какую-нибудь новую власть, кроме силы; состояние войны существует между ними, как раньше, даже их отношения являются его следствием, и применение военного права не предполагает мирного договора. Они заключили договор. Пусть. Но этот договор, далекий от того, чтобы уничтожить военное положение, предполагает его дальнейшее существование. Итак, с какой бы стороны мы ни рассматривали вещи, право рабства недействительно не только потому, что оно незаконно, но потому, что оно бессмысленно и ничего не означает. Слова эти – раб и право – противоречивы; они исключаются друг друга. Обращенная человеком к человеку или человеком к народу, всегда будет одинаково бессмысленна следующая речь: «Я заключаю с тобой договор весь в тягость тебе и весь в пользу мне, – договор, который я буду исполнять, пока мне будет угодно, и который ты будешь исполнять, пока мне будет угодно».

Глава V.

О том, что следует всегда восходить к первому договору.

Если бы я согласился со всем, что отвергал до сих пор, приверженцы деспотизма от этого ничего бы не выиграли. Всегда будет большая разница между тем, чтобы подчинить толпу, и тем, чтобы управлять обществом. Сколько бы отдельных людей ни было подчинено постепенно одному лицу, каково бы ни было их количество, я в этом вижу только господина и рабов, я не вижу в этом народа и его главу; это, если угодно, скопление людей, но не ассоциация; здесь нет ни общественного имущества, ни политического тела. Если бы этот человек поработил себе полмира, он – все-таки только частное лицо; его интерес, отделенный от интереса других, – все-таки только частный интерес. Если этот самый человек погибнет, то после него его государство останется разбросанным и без связи, так же как распадается и превращается в груды пепла дуб, после того как его уничтожил огонь.

Народ, говорит Гроций, может отдать себя королю. По мнению Гроция, следовательно, народ является народом, прежде чем отдать себя королю. Самый этот дар есть гражданский акт; он предполагает общественное решение. Итак, прежде чем исследовать акт, посредством которого народ избирает короля, было бы полезно исследовать акт, благодаря которому народ является народом, так как этот акт, необходимым образом предшествуя первому, является настоящим основанием общества.

Действительно, если бы совсем не было предшествовавшего соглашения, откуда явилась бы, если только избрание не было единогласным, для меньшинства обязанность подчиниться выбору большинства? И откуда сто, которые желают государя, имеют право подавать голос за десятерых, которые его не желают? Самый закон о большинстве голосов является постановлением договора и предполагает, по крайней мере, один раз единогласие.

Глава VI.

Об общественном договоре.

Я предполагаю людей, дошедших до такого момента, когда препятствия, вредящие сохранению их существования в естественном состоянии, превышают своим сопротивлением силы, которую каждый индивидуум может затратить, чтобы удержаться в этом состоянии. Тогда это первобытное состояние не может больше продолжаться, и род человеческий погиб бы, если бы не изменил образа своего существования.

А так как люди не могут производить новые силы, а могут только соединить и направить существующие, то у них нет другого средства для самосохранения, как образовать посредством соединения сумму сил, которая могла бы превзойти сопротивление, пустить эти силы в ход посредством одного двигателя и заставить их действовать согласно.

Эта сумма сил может произойти только из соединения многих сил; но каким образом каждый человек отдаст свою силу и свободу, которые являются первыми орудиями его сохранения, не вредя себе и не пренебрегая заботами, которыми он обязан по отношению к себе? Это затруднение, с точки зрения моей темы, может выразиться в следующем положении:

«Найти форму ассоциации, которая всеми общими силами охраняет и защищает личность и имущество каждого своего члена и в которой каждый, соединяясь со всеми, повинуетя все-таки только себе самому и остается таким же свободным, как и рань-



ше», – такова основная задача, решение которой дает Общественный Договор.

Статьи этого общественного договора так точно установлены самой природой акта, что малейшее изменение сделало бы их напрасными и недействительными; таким образом, хотя они, быть может, никогда не были выражены формально, они везде – те же, везде молчаливо приняты и признаны до такой степени, что, если нарушен общественный договор, каждый снова вступает в свои первоначальные права и берет обратно свою естественную свободу, теряя условную свободу, для которой он отказался от первой.

Верно понятие, эти статьи сводятся все к одной: именно полное отчуждение каждого члена со всеми его правами в пользу всей общины; так как каждый отдает себя целиком, то условие одинаково для всех, а так как условие одинаково для всех, то никто не заинтересован в том, чтобы сделать его тягостным для других.

К тому же, если отчуждение совершается без изъятия, союз обладает возможным высшим совершенством, и ни один член не может больше ничего требовать: в самом деле, если бы оставались какие-нибудь права у частных лиц, то, в виду отсутствия общего начальника, который мог бы быть судьей между ними и обществом, каждый, будучи своим собственным судьей в некоторых отношениях, захотел бы вскоре быть им во всех, первоначальное состояние продолжало бы существовать, и ассоциация стала бы неизбежно тиранической или бесплодной.

Наконец, каждый, отдавая себя всем, не отдает себя никому, и так как нет члена союза, над которым не приобрели бы того же самого права, которое ему уступают над собой, все получают эквивалент всего, что теряют, и в то же время больше силы, чтобы сохранить то, что имеют.

Следовательно, если мы отбросим от общественного договора все, что не составляет его сущности, мы увидим, что он сводится к следующему положению: каждый, из нас отдает свою личность в общее владение и всю свою силу подчиняет верховному распоряжению общей воли; и в общем организме мы получаем каждого члена, как нераздельную часть целого.

Тотчас же, вместо отдельной личности каждого договаривающегося, этот акт ассоциации порождает моральный и коллективный организм, состоящий из стольких же членов, сколько собрание имеет голосов, и получающий посредством этого самого акта свое единство, свое общее «я», свою жизнь и волю. Эта общественная личность, образующаяся таким путем из союза всех других, прежде носила название гражданской общины (cite),

а теперь носить название республики или политического организма, который его членами называется государством, когда он пассивен, верховной властью, когда он активен, державой, когда его сравнивают с подобными ему. Что касается членов союза, то они коллективно носят название народа, в частности, как участники верховной власти, называются гражданами, а подданными – как подчиненные законам государства. Но эти слова часто сменяются и употребляются одно вместо другого; достаточно уметь их различать, когда они употреблены в точном своем значении.

ГЛАВА VII.

О верховной власти.

Мы видим из этой формулы, что акт ассоциации заключает взаимное обязательство общества с частными лицами и что каждый индивидуум, заключая договор, так сказать, с самим собою, находится под обязательством в двойном отношении: именно как член верховной власти по отношению к частным лицам и как член государства по отношению к верховной власти. Но здесь нельзя применить правило гражданского права о том, что никто не связан обязательствами по отношению к себе самому, так как большая разница между тем, чтобы обязываться по отношению к себе или по отношению к целому, часть которого составляешь.

Надо еще заметить, что общественное решение, которое может обязать всех подданных по отношению к верховной власти, вследствие двух различных отношений, в которых рассматривается каждый из них, не может, по противоположной причине, обязать верховную власть по отношению к ней же; поэтому, следовательно, противоречит природе политического организма наложение верховною властью на себя закона, которого она не может нарушить.

Так как она рассматривает себя только в одном и том же отношении, она находится в положении частного лица, заключающего договор с самим собою, из чего мы видим, что нет и не может быть никакого рода основного закона, обязательного для народного организма, не исключая даже общественного договора. Но это не означает, что этот организм не может вполне правильно брать на себя обязательства по отношению к посторонним во всем, что не нарушает этого договора, так как по отношению к иностранцу он становится одним существом – индивидуумом.

Но политически организм или верховная власть, извлекая свое существование только из святости договора, никогда не может обязаться, даже по отношению к постороннему, к чему-



нибудь, что нарушает этот первоначальный акт, как, например, отчудить какую-нибудь часть самого себя или подчиниться другой верховной власти. Нарушить акт, который дает ему существование, значило бы уничтожить себя; а то, что есть ничто, ничего не производит.

Как только эта масса соединена таким образом в один организм, нельзя оскорбить кого-нибудь из членов, не нападая на организм, и тем более нельзя оскорбить организм, чтобы от этого не страдали члены. Таким образом, долг и интерес в одинаковой степени обязывают обе договаривающиеся стороны помогать взаимно друг другу, и одни и те же люди должны стараться соединить в этом двойном отношении все выгоды, которые от него зависят.

Верховная власть, будучи образована только из частных лиц, которые ее составляют, не имеет и не может иметь интереса, противоположного их интересу; следовательно, нет никакой надобности в гарантии со стороны верховной власти по отношению к подданным, так как невозможно, чтобы политическое тело пожелало вредить всем своим членам, а ниже мы увидим, что оно не может вредить какому-нибудь в частности. Верховная власть по одному тому, что она есть, всегда есть все то, чем она должна быть.

Но не так обстоит дело с подданными по отношению к верховной власти, которой, несмотря на общий интерес, ничто не гарантировало исполнение их обязательств, если бы она не нашла способов обеспечить себе их верность.

Действительно, каждый индивидуум может, как человек, иметь отдельную волю, противоположную или не похожую на общую волю, которую он имеет, как гражданин. Его частный интерес может говорить ему совсем другое, чем общий интерес; его отдельное и естественно независимое существование может заставить его смотреть на то, чем он обязан общему делу, как на добровольную дань, потеря которой не так вредна для других, как тягостна ее уплата для него; и, смотря на моральную личность, которая составляет государство, как на отвлеченное существо, потому что это – не человек, он воспользовался бы правами гражданина, не желая исполнять обязанностей подданного, – несправедливость, распространение которой повело бы к разрушению политического организма.

Следовательно, для того, чтобы общественный договор не был пустой формулой, он молчаливо заключает в себе следующее обязательство, которое одно только может дать силу другим: если кто-нибудь откажется повиноваться общей воле, то он будет к этому принужден всем организмом; это означает только то, что его за-

ставить быть свободным, так как таково условие, которое, отдавая каждого гражданина отечеству, гарантирует его от всякой личной зависимости, это условие дает ловкость и ход политической машине, и оно одно только делает законными гражданские обязательства, которые без этого были бы бессмысленными, тираническими и стали бы предметом огромных злоупотреблений.

ГЛАВА VIII.

О гражданском состоянии.

Этот переход из первобытного состояния в гражданское состояние производит в человеке замечательное превращение, заменяя в его поведении инстинкт справедливостью и сообщая его поступкам нравственный характер, которого раньше им недоставало. Именно тогда только, когда голос долга заступает место физического импульса, а право – место вождения, человек, считавшийся до тех пор только с самим собою, видит себя вынужденным действовать по другим принципам и, прежде чем слушаться своих склонностей, справляться со своим разумом. Хотя он в этом состоянии лишает себя некоторых выгод, которые он извлекает из природы, он приобретает взамен такие крупные выгоды: его способности упражняются и развиваются, его идеи расширяются, его чувства облагораживаются, вся его душа возвышается до такой степени, что если бы злоупотребления, связанный с этим новым положением, не низводили его часто ниже того положения, из которого он вышел, он должен был бы без конца благословлять счастливый момент, который навсегда вырвал его из него и который из тупого и органического животного сделал разумное существо и человека.

Сведем весь этот баланс к величинам, удобным для сравнения. То, что человек теряет вследствие общественного договора, это его естественная свобода и безграничное право на все, что его прельщает и чего он может достигнуть; то, что он выигрывает, это гражданская свобода и право собственности на все, чем он владеет. Чтобы не отнестись ошибочно к этой замене, надо точно отличать естественную свободу, пределом которой являются только силы индивидуума, от гражданской свободы, которая ограничивается общей волей; отличать такое обладание, которое является только следствием силы или права первого завладевшего, от собственности, которая может основываться только на положительном праве.

Можно было бы, помимо предыдущего, прибавить к приобретениям гражданского состояния моральную свободу, которая



одна только действительно делает человека господином над самим собою, так как побуждения одного только вождения есть рабство, а повиновение закону, предписанному себе самому, есть свобода. Но я уже слишком много сказал об этом предмете, а философский смысл слова свобода не относится к моей теме.

ГЛАВА IX.

О земельном владении.

Каждый член общины отдает себя ей в тот момент, когда она образуется, таким, каким он в то время является в действительности, себя и все свои силы, часть которых составляет принадлежащее ему имущество. Этим актом владение, переходя в другие руки, отнюдь не изменяет свою природу и не становится собственностью среди собственностей верховной власти. Но так как силы гражданской общины несравненно более велики, чем силы частного лица, общественное владение также в действительности сильнее и непреложнее, не будучи более законным, по крайней мере, для иностранцев. По отношению к своим членам государство является хозяином всего их имущества вследствие общественного договора, который в государстве служишь основанием всех прав, но оно является таким по отношению к другим державам только по праву первого захвата, которое оно перенимаешь у частных лиц.

Право первого завладевшего, хотя и более действительное, чем право сильнейшего, становится настоящим правом только после учреждения права собственности. Каждый человек имеет естественное право на все, что для него необходимо; но положительный акт, который делает его собственником какого-нибудь имущества, устраняет его от всего остального. Раз его часть установлена, он должен ограничиться ею, и не имеет больше никакого права на общинную собственность. Вот почему право первого захвата, такое слабое в естественном состоянии, достойно уважения в глазах каждого человека в гражданском строе. В этом праве не столько уважается то, что принадлежишь другому, сколько то, что не принадлежит себе.

Вообще, чтобы утвердить в какой-нибудь области право первого завладевшего, необходимы следующие условия: во-первых, чтобы эта область не была еще никем населена; во-вторых, чтобы занята была только такая ее часть, которая необходима для существования; в-третьих, чтобы вступили в ее владение не посредством пустой церемонии, но путем труда и обработки – единственным признаком собственности, который, при отсутствии юридических прав, должен уважаться другими.

Разве действительно даровать потребности и труду право первого захвата не значит расширить его насколько возможно? Возможно ли не ставить пределов этому праву? Достаточно ли поставить ногу на общественную землю, чтобы тотчас не обнаружить претензию на владение ею? Достаточно ли проявить раз силу для изгнания оттуда других людей, для того чтобы лишить их права вернуться туда когда-нибудь? Каким другим образом может человек или народ завладеть необъятной территорией и отнять ее у всего человеческого рода, как не посредством захвата, достойного наказания, раз он лишаешь остальных людей местожительства и пищи, которые природа дает им сообща? Когда Нуньес Бальбао именем кастильской короны вступил на берегу во владения южным морем и всей Южной Америкой, было ли этого достаточно, чтобы отнять владения у всех жителей и устранить всех монархов мира? На такой почве подобные церемонии множились довольно бесплодно, и католическому монарху оставалось только из своего кабинета вдруг овладеть всей вселенной, отрезав потом из своей империи то, чем раньше владели другие монархи.

Мы видим, каким образом соединенные и смежные земли частных лиц становятся общественной территорией, и каким образом право верховной власти, простираясь с подданных на землю, которую они занимают, становится зараз земельным и личным. Это ставить собственников в большую зависимость и из самых их сил создает гарантию их верности. Это преимущество, кажется, не было хорошенько понято древними монархами, которые, называясь только царями персов, скифов, македонян, казалось, рассматривали себя скорее как правителей людей, чем как властелинов земли. Нынешние монархи называются более верно: королями Франции, Испании, Англии и т. д. Владея, таким образом, землей, они вполне уверены, что владеют их обитателями.

В этом отчуждении необыкновенно то, что община, принимая имущество частных лиц, отнюдь не отнимает его у них; она только обеспечивает за ними законное владение им и превращает захват в настоящее право, а пользование – в собственность. Так как в этом случае собственники рассматриваются как хранители общественного имущества и их права уважаются всеми членами государства и поддерживаются всеми его силами против чужеземца, то они, вследствие передачи прав, выгодной для общества и еще более для них самих, приобрели, так сказать, все, что отдали, парадокс, который легко объясняется различием прав, которые верховная власть и собственник имеют на один и тот же предмет, как мы увидим ниже.



Может также случиться, что люди начинают соединяться, прежде чем они чем-нибудь владеют, и что, завладев потом областью, достаточной для всех, они пользуются ею сообща или делят ее между собою либо на равные части, либо на части, установленные верховною властью. Каким бы образом ни совершилось это приобретение, право, которое каждое частное лицо имеет на свою собственную землю, всегда подчинено праву, которое община имеет на все земли; без этого не было бы ни прочности в общественном союзе, ни действительной силы в отправлениях верховной власти.

Я закончу эту главу и эту книгу замечанием, которое должно служить основой всякой общественной системы: именно, что основной договор, вместо того чтобы разрушить естественное равенство, напротив, замещает моральным и законным равенством все то физическое неравенство, которое природа могла внести между людьми, и что если они могут быть неравными по силе или уму, то они все становятся равными вследствие договора и права.

Книга вторая.

Глава I.

О неотчуждаемости верховной власти.

Первое и самое важное следствие выше установленных принципов есть то, что только одна общая воля может направлять силы государства согласно цели его учреждения, которой является общее благо. В самом деле, если противоречие частных интересов сделало необходимым образование обществ, то согласие этих же интересов сделало его возможным. То, что есть общего в этих различных интересах, составляет общественную связь, и если бы не существовало такой точки, в которой сходились бы все интересы, никакое общество не могло бы существовать. Единственно только этим общим интересом должно управляться общество.

Я говорю, следовательно, что верховная власть, будучи только отправлением общей воли, не может никогда быть отчуждаема и что верховный властелин, который является только коллективным существом, может быть представлен лишь самим собою: власть может, правда, передаваться, но не воля.

Действительно, если нет ничего невозможного в том, чтобы частная воля согласовалась в некоторых пунктах с общей волей, то, по крайней мере, невозможно, чтобы это согласие было продолжительно и постоянно, так как частная воля стремится по своей природе к преимуществам, а общая воля к равенству. Еще более невозможно, чтобы была какая-нибудь гарантия для такого

согласия, если бы оно даже должно было существовать всегда; оно не было бы следствием искусства, а только случая. Верховный властелин может, правда, сказать: «я в настоящее время, действительно, хочу того, чего хочет такой-то человек, или, по крайней мере, того, чего он хочет по своему собственному заявлению»; но он не может сказать: «я буду также желать того, чего этот человек пожелает завтра»; бессмысленно, чтобы воля налагала на себя цепи относительно будущего, и ни от какой воли не зависит согласиться, на что бы то ни было, противоречащее благу существа, которое хочет. Следовательно, если народ обещает просто повиноваться, он себя уничтожает этим актом, он теряет свое качество народа; как только появляется повелитель, нет больше верховного властелина, и с этих пор политический организм разрушен.

Это не значит, что приказания монархов не могут считаться общей волей, пока верховный властелин, имеющий право воспротивиться им, не делает этого. В подобном случае всеобщее молчание необходимо предполагает народное согласие. Это будет объяснено более пространно.

Глава II.

О неделимости верховной власти.

По той же причине, по которой верховная власть неотчуждаема, она и неделима, так как воля или всеобщая, или ее совсем нет; она или воля народного организма, или только одной части. В первом случае объявление этой воли есть акт верховной власти и составляет закон; во втором случае это только частная воля или акт магистратуры: самое большее – это декрета.

Но наши политики, не будучи в состоянии разделить верховную власть в ее принципе, делят ее в ее объекте; они делят ее на силу и на волю; на власть законодательную и на власть исполнительную; на право налогов, суда и войны; на внутреннюю администрацию и на право переговоров с иностранными державами; они то смешивают все эти части, то разделяют их. Они создают из верховного властелина фантастическое существо, составленное из перечисленных частей, все равно как если бы они составляли человека из разных тел, из которых одно имело бы глаза, другое – руки, третье – ноги и больше ничего. Японские фокусники, говорят, разрезают на глазах жителей ребенка; потом они бросают один за другим все его члены в воздух, а назад падает живой и совершенно целый ребенок. Таковы приблизительно жонглерские приемы наших политиков: разложив социальное те-



ло на члены, посредством фокуса, достойного ярмарки, они неизвестно как собирают опять его куски.

Это заблуждение происходит от отсутствия точного представления о верховной власти, и принимается за части этой власти то, что является только ее эманацией. Так, напр., акт объявления войны и акт заключения мира рассматривались как акты верховной власти, между тем они отнюдь не являются таковыми, так как каждый из этих актов – не закон, но только применение закона, частный акт, определяющий случай закона, как мы ясно увидим, когда будет установлена идея, связанная со словом закон.

Исследуя также другие подразделения, мы найдем, что ошибаемся каждый раз, когда верховная власть нам кажется разделенной, что права, принимаемые за части верховной власти, все подчинены ей и предполагают верховные воли, исполнением которых эти права, в сущности, только и являются.

Невозможно сказать, сколько неясности этот недостаток точности внес в суждения авторов по государственному праву, когда они хотели определить взаимные права монархов и народов на установленных ими принципах. Каждый может видеть в III и IV главах первой книги Гроция, как этот ученый и его переводчик Барбейрак затрудняются и путаются в своих софизмах, боясь сказать слишком много или недостаточно по своим воззрениям и боясь повредить интересам, которые они должны были примирить. Гроций, бежавший во Францию, недовольный своим отечеством и желая угодить Людовику XIII, которому посвящена его книга, не щадит ничего, чтобы отобрать у народов их права и возможно искуснее облечь ими монархов. К этому же был склонен и Барбейрак, который посвятил свой перевод королю Англии, Георгу I. Но, к несчастью, изгнание Иакова II, которое он называет отречением от престола, заставило его быть осторожным, изворачиваться, хитрить, чтобы не выставить Вильгельма узурпатором. Если бы эти два писателя применяли верные принципы, все трудности были бы устранены, и они всегда были бы последовательными; но они сказали бы грустную истину и угодили бы только народу. Но правда не ведет к счастью, и народ не раздает ни мест посланников, ни кафедр, ни пенсий.

Глава III.

Может ли всеобщая воля заблуждаться?

Из предыдущего следует, что всеобщая воля всегда права и всегда стремится к общественной пользе, но не следует, что решения народа всегда одинаково справедливы. Всегда желаешь

своего блага, но не всегда его видишь; никогда не подкупишь народа, но часто его обманывают, и только тогда, кажется, что он желает того, что дурно.

Часто существует большая разница между волей всех и всеобщей волей: последняя соблюдает общий интерес, первая частный интерес и является только суммой частных желаний; отнимите от этих самых желаний плюсы и минусы, которые взаимно уничтожаются, и в сумме разностей получится всеобщая воля).

Если в то время, когда достаточно осведомленный народ принимает решения, граждане не имели между собой никакого общения, то из большого числа мелких различий всегда получилась бы в результате всеобщая воля и решение всегда было бы правильно. Но когда возникают происки, отдельные союзы на счет большого, то воля каждого из этих союзов становится всеобщей по отношению ко всем его членам и частной по отношению к государству; в этом случае уже можно сказать, что вотирующих не столько, сколько людей, но лишь столько, сколько союзов. Различия становятся менее многочисленными и дают менее всеобщий результат. Наконец, если один из этих союзов так велик, что преобладает над всеми другими, мы уже не получаем в результате сумму маленьких различий, но одно единственное различие; тогда уже не существует всеобщей воли, и мнение, которое преобладает, – только частное мнение.

Для получения верного выражения всеобщей воли необходимо, следовательно, чтобы в государстве не было частных обществ, и чтобы каждый гражданин подавал голос только согласно своему мнению: таково было единственное и величественное установление великого Ликурга. Если существуют частные общества, то надо увеличить их число и предупредить их неравенство, как поступали Солон, Нума, Сервий. Эти предосторожности одни только ведут к тому, чтобы всеобщая воля всегда выяснялась и чтобы не ошибался народ.

Глава IV.

О пределах верховной власти.

Если государство или гражданская община представляет собой только моральную личность, жизнь которой состоит в единении ее членов, и если самой важной из его забот является забота о самосохранении, то оно нуждается во всеобъемлющей принудительной силе, чтобы распределить и приводить каждую часть в движение самым удобным для целого способом. Так же как природа дает каждому человеку неограниченную власть над все-



ми его членами, так и общественный договор дает политическому телу неограниченную власть над всеми его членами, и именно эта власть, направляемая всеобщей волей, носит, как я уже сказал, название верховной власти.

Но, помимо общественной личности, мы должны принять во внимание частных лиц, которые ее составляют и жизнь и свобода которых по природе независимы от нее. Необходимо точно различать взаимные права граждан и верховного властелина и обязанности, которые граждане должны выполнять в качестве подданных, от естественного права, которым они должны пользоваться в качестве людей.

Мы согласны, что все то, что каждый отчуждает вследствие общественного договора от своей власти, от своего имущества, от своей свободы, является только частью всего того, что необходимо для пользования общины; но надо также согласиться с тем, что верховный властелин один только является судьей этой необходимости.

Все услуги, которые только может оказать гражданин государству, он обязан оказывать по первому требованию верховной власти; но со своей стороны верховный властелин не должен налагать на подданных никаких цепей, бесполезных для общины; он даже желать этого не может, так как и по закону разума, и по естественному закону ничто не совершается без причины.

Обязательства, связывающие нас с общественным телом, обязательны только потому, что они взаимны, и их природа такова, что, выполняя их, нельзя работать для других, не работая в то же время для себя. Почему всеобщая воля всегда права и почему все постоянно желают счастья каждому, если не потому, что нет никого, кто не относил бы к себе слова *каждый* и кто не думал бы о себе, подавая голос за всех. Это доказывает что равенство прав и порожаемое им понятие справедливости происходит от предпочтения, которое каждый отдает сам себе, а следовательно от природы человека; что всеобщая воля, чтобы действительно быть таковой, должна быть ею но отношению к своей цели, так же как и по своей сущности; что она должна исходить от всех, чтобы применяться ко всем, и что она теряет свою естественную справедливость, когда она стремится к какой-нибудь личной и определенной цели, так как, разбираясь в том, что для нас чуждо, мы лишаемся всякого верного принципа справедливости, руководящего нами.

Действительно, как только дело касается факта или частного права по вопросу, не установленному предшествовавшим всеобщим соглашением, дело становится спорным. Это спор, где заинтересованные частные лица являются одной стороною, а общест-

во – другою, но где я не вижу ни закона, по которому необходимо поступать, ни судьи, который должен решать. В этом случае было бы смешно желание положиться на точное постановление общей воли, которая может быть только выражением воли одной из сторон и которая, следовательно, для другой стороны является чужой, частной волей, доведенной в этом случае до несправедливости и подверженной заблуждению. Подобно тому, как частная воля не может представлять общую, так и общая воля, преследуя частную цель, в свою очередь изменяет свою природу и не может уже в качестве общей судить человека или поступок. Когда афинский народ, например, назначал или сменял своих правителей, одному оказывал почести, а на другого налагал наказания и множеством частных декретов отправлял без всякой отчетливости все функции правительства, то народ тогда не имел общей воли в собственном смысле этого слова; он тогда действовал уже не как верховный властелин, а как должностное лицо. Может показаться, что это противоречит общим представлениям; но надо дать мне время, чтобы высказать свои.

Из предыдущего понятно, что волю делает общей не столько число голосов, сколько общий интерес, соединяющий их, так как в этом установлении каждый необходимым образом сам подчиняется условиям, которыми он связывает других, – удивительное совпадение интереса и правосудия, которое придает общественным решениям характер справедливости, исчезающей в тяжбе о всяком частном деле за отсутствием общего интереса, который соединял и отождествлял бы закон судьи с законом тяжущейся стороны.

С какой бы стороны мы ни рассматривали принцип, мы всегда придем к одному и тому же заключению: именно что общественный договор устанавливает среди граждан такое равенство, благодаря которому все они, принимая на себя обязательства, подчинены одинаковым условиям, и все они должны пользоваться равными правами. Итак, вследствие природы договора всякими акт верховной власти, т. е. всякий подлинный акт общей воли, в одинаковой степени обязывает всех граждан или благоприятствует им. Таким образом, верховный властелин знает только народное тело, и не различает никого из тех, кто его составляет. Что же, собственно говоря, представляет собою акт верховной власти? Это не соглашение высшего с низшим, но соглашение тела с каждым из его членов; соглашение законное, потому что его основанием является общественный договор; справедливое, потому что оно общее для всех; полезное, потому что оно не может иметь, помимо общего блага, другой цели, и прочное, потому что ему гарантией служат



общественная сила и верховная власть. Пока подданные подчинены только подобным соглашениям, они никому не повинуются, кроме своей собственной воли, и спрашивать, до какого предела простираются взаимные права верховного властелина и граждан, это спрашивать, до какой степени последние могут обязываться по отношению к самим себе, – каждый по отношению ко всем и все по отношению к каждому из них.

Мы видим из этого, что верховная власть, как она ни священна, ни неограниченна, ни неприкосновенна, не преступает и не может преступить границ общих соглашений, и каждый человек вполне может располагать тем, что ему оставлено этими соглашениями от его имущества и от его свободы. Таким образом, верховный властелин никогда не бывает в праве обременить одного подданного больше, чем другого, так как дело в таком случае становится частным и неподсудным его власти.

Раз приняты эти ограничения, то оказывается совершенно неверным, что в общественном договоре есть в действительности какое-нибудь отречение со стороны частных лиц; напротив, их положение вследствие этого договора становится лучше прежнего: вместо отчуждения они совершили лишь выгодную замену неверного и полного случайностей существования лучшим и более верным существованием; естественную независимость они заменили свободой, возможность вредить другим своею собственною безопасностью и свою силу, которую могли преодолеть другие, – правом, которое общественное единение делает непобедимым. Даже их жизнь, которую они отдали государству, находится под его постоянной защитой; и если они рискуют ею для защиты государства, разве они не отдают ему только то, что они от него получили? Что делают они такого, чего не делали бы чаще и с большей опасностью в первобытном состоянии, когда, вступая в неизбежные сражения, они защищали бы с опасностью жизни то, что служит им для ее сохранения? Все должны по необходимости сражаться за отечество, это верно; но никогда никто не принужден сражаться за себя. Не выигрываем ли мы далее, подвергаясь из-за того, что составляет нашу безопасность, некоторому риску, которому мы принуждены были бы подвергаться из-за нас самих, если бы нас лишили этой безопасности?

Глава V.

О праве жизни и смерти.

Спрашивается: каким образом частные лица, не имея права располагать своею собственной жизнью, могут передать верхов-

ному властелину то право, которого они сами не имеют? Этот вопрос кажется трудно разрешимым только потому, что он неверно поставлен. Каждый человек имеет право рисковать своею собственною жизнью, чтобы ее сохранить. Разве скажут когда-нибудь, что тот, кто бросается в окно, чтобы спастись от пожара, виновен в самоубийстве? Разве когда-нибудь приписывали такую вину тому, кто погибал во время бури, опасность которой была ему неизвестна, когда он пустился в путь?

Целью общественного договора является сохранение жизни договаривающихся. Для кого желательна цель, для того желательны также и средства, а эти средства неотделимы от некоторого риска, даже от некоторых похерь. Кто хочет сохранить свою жизнь на счет других, должен также отдавать ее, когда потребуется, за других. Гражданин уже не судья опасности, которой желает его подвергнуть закон, и если государь ему сказал: «для государства необходимо, чтобы ты умер», он должен умереть, так как только благодаря этому условию он жил в безопасности до тех пор, и так как жизнь его уже не только благодеяние природы, но условный дар государства.

Смертная казнь, налагаемая на преступников, может рассматриваться приблизительно с этой же точки зрения: чтобы не сделаться жертвой убийцы, люди соглашаются умереть, если станут сами убийцами. Посредством этого договора, далеко не располагая своей собственной жизнью, стремятся только к ее гарантии, и невозможно предположить, чтобы кто-нибудь из договаривающихся имел в виду быть повешенным в будущем.

Кроме того, каждый преступник, нарушая общественное право, становится, благодаря своим злодеяниям по отношению к отечеству мятежником и изменником; он перестает быть его членом, нарушая его законы; он даже объявляет ему войну. В таком случае сохранение государства несовместимо с сохранением его жизни; необходимо, чтобы один из них погиб, и если заставляют умереть виновного, то скорее как неприятеля, чем как гражданина. Судопроизводство и судебный приговор являются доказательством и объявлением того, что он нарушил общественный договор и, следовательно, не состоит больше членом государства. А так как он признавал себя таковым, хотя бы по своему местопребыванию, то его оттуда необходимо удалить посредством изгнания, как нарушителя договора, или посредством смерти, как врага общества. Такой враг — не моральная личность, это — человек, и в таком случае военное право позволяет убивать побежденного.



Но, скажут, осуждение преступника – частный акт. Согласен; это осуждение и не принадлежит верховному властелину; это – право, которое он может обсуждать, не имея возможности привести его лично в исполнение. Все мои мысли тесно связаны друг с другом, но я не могу все сразу высказать их. Впрочем, частые повторения казней всегда являются признаком слабости или нерадения правительства. Не существует преступника, которого нельзя было бы сделать к чему-нибудь пригодным. Предавать смерти, даже в виде примера, имеют право лишь того, кого нельзя сохранить без опасности для общества.

Что касается права миловать или избавлять виновного от наказания, определяемого законом и назначаемого судьей, то оно принадлежит только тому, кто выше судьи и закона, т. е. верховной власти; но и в этом отношении ее право не вполне ясно, и очень редки случаи, когда можно пользоваться им. В хорошо управляемом государстве мало наказаний не потому, что много помилований, но потому, что в нем мало преступников; многочисленность преступников обеспечивает их безнаказанность, когда разрушается государство. В Римской республике сенат и консулы никогда не делали попыток к помилованию, даже народ не делал этого, хотя он не раз отменял свои собственные решения. Частые помилования предвещают, что скоро уже злодеяния не будут нуждаться в них, и каждый видит, к чему это ведет. Но я чувствую, как мое сердце ропщет и удерживает мое перо: пусть эти вопросы обсуждает праведник, никогда не ошибавшийся и никогда сам не нуждавшийся в милости.

Глава VI.

О законе.

Посредством общественного договора мы дали существование и жизнь политическому организму; теперь речь идет о том, чтобы ему дать движение и волю посредством законодательства. Первоначальный акт, благодаря которому образовалось и соединилось это тело, не определяет еще того, что оно должно делать для своего сохранения.

Все хорошее и соответствующее установленному порядку является таковым по природе вещей, независимо от человеческих соглашений. Всякая справедливость исходит от Бога; он один является ее источником; но если бы мы умели получать ее свыше, то мы не нуждались бы ни в правительстве, ни в законах. Без сомнения, существует всеобщая справедливость, происходящая только от разума, но для того, чтобы она среди нас была принята, она должна быть взаимной. Если рассматривать вещи с человеческой

точки зрения при отсутствии естественной санкции, законы справедливости во взаимных отношениях людей бесполезны; они составляют только благо для дурного человека и являются злом для справедливого, так как последний исполняет их со всеми, между тем как никто не исполняет их вместе с ним. Следовательно, необходимы соглашения и законы, чтобы соединить права с обязанностями и привести справедливость к ее цели. В естественном состоянии, где все – общее, я ничего не должен дать, кому я ничего не обещал; я признаю, что только то принадлежит другим, что бесполезно для меня. Совсем другие условия существуют в гражданском состоянии, когда все права определены законом.

Но что же такое, в конце концов, закон? Пока мы будем довольствоваться тем, что с этим словом будем связывать только метафизические понятия, мы будем продолжать рассуждения, не понимая друг друга. И когда нам скажут, что такое закон природы, нам от этого не станет яснее, что такое закон государства.

Я уже говорил, что не существует общей воли относительно частного предмета. Действительно, этот частный предмет находится в государстве или вне государства. Если он находится вне государства, то воля, чуждая ему, не является общей по отношению к нему, а если этот предмет в государстве, то он составляет часть его; в таком случае между целым и его частью образуется отношение, которое создает из них два отдельных существа: одно из них – это часть, а другое – целое без этой самой части. Но целое без части не целое; и пока существует это отношение, нет более целого, а есть две неравных части; из чего следует, что воля одной части уже не является более общей по отношению к другой.

Но когда весь народ постановляет решения относительно всего народа, он имеет в виду только самого себя. Если в этом случае образуется отношение, то это – отношение целого предмета с одной точки зрения к целому же предмету с другой точки зрения без всякого разделения целого. Тогда предмет, по поводу которого принимают решение, является общим, как и решающая воля. Именно этот акт я называю законом.

Когда я говорю, что предмет, который имеют в виду законы, всегда общий, я подразумеваю, что закон рассматривает подданных как целое, а поступки – как отвлеченные поступки, но никогда не рассматривает человека как отдельную личность, а поступок – как нечто частное. Итак, закон вполне может постановить, чтобы существовали привилегии, но он не может давать их никому в отдельности. Закон может разделить граждан на несколько классов, даже указать те свойства, которые дают права на эти классы, но он



не может назначить тех или иных лиц, которые должны быть туда приняты. Закон может установить монархическое правление и порядок наследования, но он не может избрать короля или назначить царствующий дом; одним словом, всякая функция, относящаяся к частному предмету, не подложить законодательной власти.

Из этой мысли сразу ясно, что излишне задаваться вопросом о том, кому надлежит создавать законы, так как они являются актом общей воли; излишне спрашивать о том, выше ли законов государь, так как он – член государства, о том, может ли закон быть несправедливым, так как никто не бывает несправедливым по отношению к себе же, или о том, каким образом мы свободны и вместе с тем подчинены законам, так как они являются только сводом наших желаний. Так как закон соединяет всеобщность воли со всеобщностью объекта, то ясно также и следующее: то, что человек, кто бы он ни был, приказываешь от имени своего начальника, не есть закон. Даже то, что приказывает относительно частного предмета верховный властелин, – также не закон, но приказание, не акт верховной власти, но акт магистратуры.

Следовательно, я называю республикой всякое государство, управляемое законами, какая бы форма администрации там ни существовала, так как только в этом случае управляешь общественный интерес и общественное дело имеет значение. Всякое законное правительство является республиканским; ниже я объясню, что такое правительство.

Собственно говоря, законы являются только условиями гражданской ассоциации. Подчиненный законам народ должен быть их автором; только тем, кто соединяется в обществе, надлежит выработать условия общества. Но каким образом выработают они их? Случится ли это вследствие общего согласия, по внезапному вдохновению? Обладает ли политический организм органом, чтобы выразить свою волю? Кто даст ему необходимую предусмотрительность, чтобы посредством ее выработать акты и обнародовать их заранее? Или каким образом объявит он их в минуту необходимости? Каким образом слепая толпа, которая часто не знает, чего хочет, так как она редко сознаешь свое благо, выполнить сама собою такое великое и трудное предприятие, как система законодательства? Сам народ всегда желает своего блага, но он сам не всегда его видишь. Всеобщая воля всегда права, но суждение, руководящее ею, не всегда просвещенно. Надо ее научить видеть предметы такими, какими они являются на самом деле, а иногда такими, какими они должны ей казаться, указать ее верный путь, которого она ищешь, охранить ее от искушений частных желаний, сделать близкими ее взором времена и места, урав-

новесить притягательную силу настоящих и осязательных благ опасностью отдаленных и скрытых бедствий. Частные лица видят благо, которое они отвергают; общество желает блага, которого оно не видит. Все в равной степени нуждаются в руководителях. Необходимо одних заставить сообразовать их желания с их разумом; другого надо научить знать то, чего он желает. В таком случае результатом общественного просвещения будет единение разума и воли в общественном организме; отсюда точность в совместных действиях частей и, наконец, величайшая сила целого. Вот откуда происходит необходимость в законодателе.

Глава VII.

О законодателе.

Чтобы найти наилучшие общественные правила, подходящие для наций, понадобился бы высший ум, который видел бы все человеческие страсти, но не испытывал бы ни одной из них; который не имел бы никакого отношения к нашей природе, но до основания знал бы ее; счастье которого не зависело бы от нас и который все же пожелал бы заняться нашим счастьем; наконец, отлагая на далекое будущее свою славу, он должен был бы работать в одном столетии, а наслаждаться – в другом. Нужны боги, чтобы давать законы людям.

То же суждение, которое высказывал Калигула относительно факта, Платон высказывал относительно права, чтобы определить гражданина и государя, которого он ищет в своей книге о Государстве. Но если правда, что великий государь – редкая личность, то что можно сказать о великом законодателе? Первый должен только следовать образцу, который другой должен предложить. Последний является только механиком, изобретающим машину, а первый – только рабочим, который ее заводит и пускает в ход. «При возникновении обществ, – говорит Монтескье, – главы республик создают учреждения, а впоследствии именно учреждения создают глав республик».

Тот, кто осмеливается взять на себя создание учреждения для народа, должен чувствовать в себе, так сказать, способность изменить человеческую природу, превратить каждого индивидуума, который сам по себе является отдельным и совершенным целым, в часть целого, от которого индивидуум получает в некотором роде свою жизнь и свое существование; переделать организацию человека, чтобы ее усилить; заменить физическое и независимое существование, которое все мы получили от природы, существованием нравственным и в виде части целого, – одним словом, необ-



ходимо, чтобы он лишил человека его собственных сил для того, чтобы дать ему чуждые ему силы, которыми он не мог бы пользоваться без посторонней помощи. Чем более эти естественные силы уничтожены и умерщвлены, чем крупнее и продолжительнее приобретенные силы, тем прочнее и совершеннее также законодательство, так что, если каждый гражданин есть ничто и может сделать что-нибудь только при помощи всех других и если приобретенная целым сила равна или выше суммы естественных сил всех индивидуумов, можно сказать, что законодательство находится на высшей ступени совершенства, которого оно может достигнуть.

Во всех отношениях законодатель в государстве – необыкновенный человек. Если он должен им быть по своему гению, то не в меньшей степени он является таковым по своему положению. Это – не магистратура; это – не верховная власть. Эта должность, которая учреждает республику, не входит в ее учреждения; это – особая и высшая должность, которая ничего общего с человеческой властью не имеет; в самом деле, если тот, кто повелевает людьми, не должен повелевать законами, и тот, кто повелевает законами, не должен со своей стороны повелевать людьми. В противном случае его законы, будучи орудиями его страстей, служили бы часто только к упрочению его несправедливостей. Никогда он не мог бы избежать, чтобы его частные соображения не вредили святости его труда.

Когда Ликург давал своему отечеству законы, он начал с того, что отказался от престола. Большинство греческих городов имело обыкновение доверять учреждение у себя законов иностранцам. Часто новейшие итальянские республики подражали этому обычаю. Женевская республика поступила так же, и это пошло ей в прок. Рим пережил в эпоху своего расцвета возрождение всех преступлений тирании и очутился на краю гибели, потому что соединил в одних и тех же руках власть законодательную и верховную власть.

А децемвиры сами не присваивали себе никогда права вводить какой-нибудь закон только своею властью. «Ничего из того, что мы вам предлагаем, – говорили они народу, – не может стать законом без вашего согласия. Римляне, будьте сами творцами законов, которые должны составить ваше счастье».

Тот, кто пишет законы, следовательно, не имеет или не должен иметь никакого законодательного права и даже сам народ не может, если бы он пожелал, лишиться себя этого права, не подлежащего передаче, так как вследствие основного договора только всеобщая воля обязывает частных лиц; и убедиться, соответству-

ет ли частная воля всеобщей, можно только, подвергнув ее предварительно свободному голосованию народа; я уже говорил об этом, но не бесполезно это повторить.

Итак, в деле законодательства мы сразу находим две вещи, которые кажутся несовместимыми: дело, превосходящее человеческие силы, и для выполнения его власть, равную нулю.

Другое затруднение, заслуживающее внимания: мудрецы, которые пожелали бы говорить с простонародьем не его, а своим языком, не могли им быть поняты. А существуют тысячи различных идей, которые невозможно передать на языке народа. Слишком общие воззрения и слишком отдаленные цели в равной степени находятся вне его понимания. Каждый индивидуум, одобряя лишь такой план правления, который соответствует его личным интересам, с трудом замечает пользу, которую он должен извлечь из постоянных лишений, налагаемых хорошими законами. Чтобы народ при своем возникновении мог одобрить здравые политические положения и следовать основным правилам государственного разума, необходимо было бы, чтобы следствие могло стать причиной, чтобы общественный разум, который должен быть созданием учреждений, присутствовал при самом введении учреждений и чтобы люди были до законов тем, чем они должны стать вследствие них. Так как, следовательно, законодатель не может пустить в ход ни власть, ни убеждение, то необходимо, чтобы он прибегнул к авторитету другого порядка, который может увлечь без насилия и уговорить, не убеждая.

Вот что заставляло во все времена родоначальников народа прибегать к посредничеству неба и наделять богов своей собственной мудростью для того, чтобы народы, подчиняясь законам государства так же, как законам естественным, и признавая одну и ту же силу в создании человека и в создании гражданской общины, повиновались, будучи свободными, и послушно несли ярмо общественного счастья.

Решения именно этого верховного разума, который превышает уровень простонародья, законодатель влагает в уста бессмертных, чтобы силой божественного авторитета увлечь тех, кого не могло поколебать человеческое благоразумие. Но не каждый человек может заставить говорить богов или заставить себе верить, когда он себя объявляет их толкователем. Великая душа законодателя – единственное чудо, которое должно быть доказательством его миссии. Каждый человек может гравировать на каменных досках или купить оракул, или сделать вид, что он находится в тайных сношениях с каким-то божеством, или выдрессировать птицу, чтобы она говорила ему на ухо, или найти другие



грубые способы, чтобы импонировать народу. Тот, кто умел бы делать только это, мог бы при случае собрать толпу глупцов; но никогда он не основал бы государства и его нелепое дело погибло бы вскоре вместе с ним. Пустое прельщение образует кратковременную связь; только мудрость делает ее прочной. Иудейский закон, все еще существующий, закон сына Измайлова, который в течение десяти веков управляет полумиром, гласите еще и ныне о величии людей, диктовавших его. И между тем, как горделивая философия или слепой партийный ум видят в них только счастливых обманщиков, настоящий политик удивляется в этих постановлениях великому и могучему гению, который живет в долговечных учреждениях.

Из всего этого не следует заключить вместе с Варбуртоном, что политика и религия имеют у нас общую цель, но при возникновении народов одна из них служит орудием другой.

Глава VIII.

О народе.

Подобно тому, как архитектор, прежде чем возвести большое здание, исследует и зондирует почву, чтобы убедиться, выдержите ли она его тяжесть, мудрый законодатель не может издавать законов, которые хороши сами по себе, не обсудив предварительно, в состоянии ли тот народ, которому он их предназначает, исполнять их. Вот почему Платон отказался дать законы аркадянам и киренейцам, зная, что два этих народа богаты и не переносят равенства; вот почему мы находим на Крите хорошие законы и дурных людей, благодаря тому, что Минос дал законодательство народу, отягченному пороками.

На агаме блистали тысячи народов, которые не могли бы перенести хороших законов. И даже народы, которые были бы к этому способны, имели бы для этого в течение всей своей жизни слишком короткий срок. Большинство народов, так же как и людей, бывают послушными только в молодости; они становятся в старости неисправимыми. Раз установились обычаи и вкоренились предрассудки, желание их изменить является бесполезным и опасным предприятием. Народ даже не может перенести, чтобы его больных мест касались с целью излечения, подобно тем тупым и трусливым больным, которые дрожат при виде врача.

Подобно тому, как некоторые болезни потрясают мозг человека и отнимают у него память о прошлом, так и в жизни государства иногда случаются бурные эпохи, когда революции производят на народы такое же действие, как известные кризисы на

отдельных лиц, когда ужас прошлого занимает место забвения и когда государство, охваченное гражданскими войнами, возрождается, так сказать, из своего пепла и вновь приобретает, вырвавшись из объятий смерти, силу молодости. Так было со Спартой во времена Ликурга, с Римом после Тарквиниев, а у нас так было с Голландией и Швецией после изгнания тиранов.

Но эти события редки; это исключения, причина которых всегда кроется в особенном строе исключаемого государства. Они не могли бы даже два раза иметь место среди одного и того же народа, так как он может взять свободу, пока он находится в варварском состоянии, но не может сделать этого, когда гражданская пружина изношена. В этом случае смута может уничтожить народ, но революция не в силах его восстановить. И раз только разбиты его оковы, он распадается и более не существует; с этих пор ему необходим повелитель, а не освободитель. Свободные народы, помните следующее правило: «можно приобрести свободу, но никогда нельзя ее вернуть».

Молодость – не детство. Для народов, так же как и для людей, существует время молодости или, если хотите, зрелости, которой надо ждать, прежде чем подчинить их законам. Но не всегда легко распознать зрелость народа; если не дожждаться ее, то труд будете бесполезен. Один народ годен для дисциплины при своем возникновении, другой является таковым только через десять веков. У русских никогда не будет настоящего гражданского порядка, потому что они получили его слишком рано. Петр обладал подражательным гением; он не обладал настоящим гением, таким, который творит и создает все из ничего. Некоторые из сделанных им нововведений хороши, большинство было неуместно. Он сознавал, что его народ – варварский народ, но он не сознавал, что он не созрел для гражданского порядка. Он хотел его цивилизовать, когда его надо было только приучать. Он желал сначала создать немцев и англичан, когда, прежде всего, необходимо было создать русских. Он помешал своим подданным стать когда-либо тем, чем они могли бы быть, уверяя их, что они – то, чем они на самом деле не являются. Именно такое образование дает французский воспитатель своему воспитаннику, чтобы он блистал во время своего детства, а потом не был бы никогда ничем. Россия пожелает покорить Европу, и сама будет покорена. Татары, ее подданные или соседи, станут ее и нашими повелителями; этот переворот кажется мне неизбежным. Все монархи Европы действуют заодно, чтобы его ускорить.



Глава IX.

О народе.

(Продолжение.)

Как природа положила пределы росту правильно сложенного человека, переступив которые, она создает уже или гигантов, или карликов, так и с точки зрения лучшего устройства государства также существуют границы для протяжения, которое оно может иметь. Оно не должно быть ни слишком велико, чтобы им хорошо можно было управлять, ни слишком мало, чтобы оно могло само себя поддерживать. Для каждого политического тела существует максимум силы, которого оно не должно переходить и от которого оно часто удаляется посредством своего увеличения. Чем шире растягивается связь общества, тем более она слабеет, и в общем маленькое государство бывает относительно сильнее большого.

Тысячи доводов служат доказательством этого правила. Во-первых, административное управление страной при больших расстояниях становится более затруднительным, так же как гиря становится более тяжелой на конце большого рычага. Управление становится также более тягостным для народа по мере возрастания числа его ступеней, так как, прежде всего, каждый город имеет свое управление, оплачиваемое народом, каждый округ – свое, также оплачиваемое народом, далее каждая провинция, затем губернаторства, сатрапии, вице-королевства по мере восхождения оплачиваются все дороже и всегда на счет несчастного народа; наконец идет высшая администрация, которая подавляет все. Такое непосильное бремя беспрестанно истощает подданных; они далеко не пользуются лучшим управлением благодаря этим различным подразделениям администрации; ими управляют гораздо хуже, чем, если бы над ними была только одна власть. Между тем почти не остается ресурсов для чрезвычайных случаев, и когда к ним необходимо прибегнуть, государство всегда накануне своей гибели.

Это не все: не только правительство обладает меньшей силой и быстротой для того, чтобы заставить соблюдать законы, воспрепятствовать притеснениям, наказывать злоупотребления, предупредить мятежи, которые могут возникнуть в отдаленных местах, но и народ чувствует меньше любви к своим государям, которых он никогда не видит, к отечеству, которое в его глазах подобно миру, и к своим согражданам, большинство которых для него чужие. Одни и те же законы не могут годиться для стольких различных провинций, у которых разные нравы, противоположные климаты и которые не могут перенести одну и ту же форму правления. Различные законы порождают только смуту и замешательство среди народов, которые

имеют одного главу, состоять в постоянном общении, переезжают друг к другу, заключают между собой браки и, подчиняясь различным обычаям, никогда не знают, действительно ли прочно принадлежит им их достояние. Таланты остаются скрытыми, добродетели – неизвестными, пороки – ненаказанными в этой массе неизвестных друг другу людей, которых резиденция верховной администрации соединяет в одном месте. Заваленные делами государи ничего сами не видят; наемники управляют государством. Наконец, меры, которые необходимо принять, чтобы поддержать верховную власть, от которой желают освободиться или которую хотят обмануть столько отдаленных чиновников, поглощают все заботы общества. Их больше не остается для счастья народа, едва ли остается что-нибудь для его защиты в случае необходимости, и таким образом слишком крупное для своего устройства тело опускается и погибает, раздавленное своею собственною тяжестью.

С другой стороны, государство должно обладать известным базисом, чтобы быть прочным, чтобы устоять при потрясениях, которые оно неизбежно должно испытать, и при усилиях, которые оно принуждено делать для своего поддержания, так как все народы обладают в некотором роде центробежной силой, вследствие которой они постоянно действуют друг против друга и стремятся к своему увеличению на счет своих соседей, как вихри Декарта. Итак, слабые рискуют быть скоро поглощенными, и никто не может сохранить своего существования, не приведя себя со всеми в известного рода равновесие, благодаря которому сжатие повсюду становится приблизительно равномерным.

Отсюда видно, что существуют доводы в пользу расширения и в пользу сокращения, и далеко не последний талант политики заключается в том, чтобы найти между первыми и вторыми отношение, наиболее выгодное для сохранения государства. В общем можно сказать, что доводы в пользу расширения, будучи только внешними и относительными, должны быть подчинены другим, которые являются внутренними и абсолютными. Прежде всего, надо стремиться к здоровой и сильной конституции и следует больше рассчитывать на силу, порождаемую хорошим управлением, чем на эти источники, которые доставляются большой территорией.

Впрочем, существовали государства с таким устройством, что необходимость завоеваний входила даже в их конституцию и что для своего поддержания они принуждены были беспрестанно увеличиваться. Может быть, они очень радовались этой счастливой необходимости, которая, однако, указывала им вместе с пределом их величины неизбежный момент их гибели.



Глава X.

О народе.

(Продолжение.)

Политический организм можно измерять двумя способами: именно пространством занимаемой им территории и количеством народонаселения; между этими двумя мерилami существует известное подходящее отношение, дающее государству его настоящее величие. Люди составляют государство, земля кормит людей; отношение, следовательно, заключается в том, чтобы земли хватало для существования ее населения и чтобы населения было столько, сколько может прокормить земля. Именно в этом соотношении кроется максимум силы данного количества народа, так как если земли слишком много, то охрана ее тягостна, обработка недостаточна, продукты слишком изобильны. Все это ближайшая причина оборонительных войн. Если земли недостаточно, то необходимость пополнить ее ставит государство в зависимость от его соседей, – ближайшая причина наступательных войн. Всякий народ, которому по его положению приходится выбирать только между торговлей и войной, по своему существу слаб; он зависит от своих соседей, он зависит от событий. Его существование всегда лишь кратковременно и неверно. Он покоряет и меняет свое положение или его покоряют, и он – ничто. Он может сохранить свою свободу только в силу своей незначительности или величия.

Нельзя путем вычисления установить точное отношение между размерами земли и количеством людей, достаточными друг для друга, столько же из-за различия в качестве почвы, в степени ее плодородия, в свойствах ее продуктов, во влиянии климата, сколько из-за различия в характере людей, из которых одни собирают мало с плодородной, а другие – много с бесплодной почвы. Необходимо также принять во внимание большую или меньшую плодovitость женщин, все более или менее благоприятные для роста населения особенности страны, то количество населения, которого может надеяться достигнуть своими установлениями законодатель, так чтобы его суждение основывалось не на том, что он видит, а на том, что он предвидит; чтобы он не столько останавливался на существующем положении населения, сколько на том положении, до которого оно должно прийти естественным путем. Наконец, бывают тысячи случаев, когда специальные особенности местности требуют или позволяют занять большую площадь, чем это кажется необходимым. Так, например, народ раскинется широко в гористой стране, где естественные дары природы, как леса, пастбища, требуют меньше работы, где, как

учит опыт, женщины более плодовиты, чем в равнинах, и где большое покатоое пространство земли доставляет только небольшую горизонтальную площадь, на которую нужно рассчитывать для растительности. Наоборот, на побережье моря можно сжаться даже на скалах и почти безлюдных песках, так как рыбная ловля может там в значительной степени заменить продукты земли; люди должны там держаться теснее друг к другу, чтобы отражать нападения пиратов, и, кроме того, здесь легче освободить страну при помощи колоний от отягчающего ее излишка населения.

К этим условиям при создании учреждений для народа необходимо прибавить еще одно, которое не может заменить ни одного из них, но без которого все остальные бесполезны: именно необходимо мир и довольство. То время, когда государство занято своим устройством, можно сравнить с моментом, когда выстраивается батальон, – момент, когда организм менее всего способен к сопротивлению и когда его легче всего разрушить. Даже во время полного беспорядка оказано было бы большее сопротивление, чем и момент формирования, когда каждый занят своим местом, а не опасностью. Если в эту критическую минуту вдруг случится война, голод или мятеж, то государство бесповоротно погибло.

Конечно, много правительств основалось во время этих гроз, но именно в таких случаях эти правительства сами разрушают государство. Узурпаторы всегда создают или выбирают такое смутное время для проведения в жизнь, под защитой общего страха, губительных законов, которых никогда не принял бы народ, в минуту хладнокровия. Выбор момента для законодательства является одним из самых верных признаков, по которым можно отличить творение законодателя от творения тирана.

Итак, какой народ способен воспринять законодательство? Такой, который, будучи уже некоторым образом связан происхождением, интересами или соглашением, еще не носил настоящего ярма законов; такой, который не имеет сильно укоренившихся обычаев и суеверий; такой, который не опасается быть раздавленным внезапным нападением, который, не входя в споры своих соседей, может оказать сопротивление каждому из них или, пользуясь одним из них, отразить нападение другого; такой, каждый член которого может быть известен всем и который не принужден положить на человека большую тяжесть, чем человек способен нести; такой, который может обойтись без других народов и без которого может обойтись всякий другой народ; такой, который не богат и не беден и сам может удовлетворить себя; наконец такой, который соединяет твердость старого с послушанием молодого народа.



Дело законодательства затрудняет не столько то, что надо учредить, сколько то, что необходимо разрушить; а что делает успех таким редким, это невозможность найти простоту природы в соединении с потребностями общества. Действительно, редко встретишь все эти условия вместе; поэтому так мало видим мы государств с хорошим законодательством.

В Европе еще есть одна страна, способная к законодательству: это остров Корсика. Мужество и твердость, с какими этот храбрый народ сумел вернуть и защитить свою свободу, заслуживают, чтобы какой-нибудь мудрец научил его сохранить ее. У меня существует как бы предчувствие, что этот маленький остров когда-нибудь удивит Европу.

Глава XI.

О различных системах законодательства.

Исследуя, в чем в сущности состоит величайшее благо всех, которое должно быть целью всякой законодательной системы, мы увидим, что оно сводится к двум главным вещам: к свободе и равенству; к свободе – так как всякая зависимость частных лиц является в то же время силой, отнятой от государственного организма; к равенству – так как свобода не может без него существовать.

Я уже сказал, что такое гражданская свобода. Что касается равенства, то под этим словом не надо подразумевать, что степени власти и богатства должны быть совершенно одинаковы. Но пусть власть не доходит до какого бы то ни было насилия и действует только в силу своего положения и законов. А что касается богатства, пусть ни один гражданин не будет богат настолько, чтобы купить другого, и никто настолько беден, чтобы продать себя. Это предполагает со стороны людей сильных ограничение богатства и влияния, а со стороны слабых – ограничение корыстолюбия и жадности.

Это равенство, скажут, является спекулятивной химерой, которая не может осуществиться в действительности. Но если зло неизбежно, следует ли из этого, что его не надо, по крайней мере, подчинить известному порядку? Именно потому, что сила вещей всегда стремится разрушить равенство, сила законов должна всегда стремиться к поддержанию его.

Но эти главные цели всякого хорошего законодательства должны видоизменяться в каждой стране в зависимости от отношений, порождаемых столько же местным положением, сколько характером обитателей, и именно на этих отношениях надо основывать для каждого народа особую законодательную систему, которая являлась бы наилучшей, может быть и не по существу, а для государства, для

которого она предназначена. Например, почва неблагодарна и бесплодна или страна слишком тесна для обитателей, – займитесь промышленностью и искусствами, произведения которых вы обменяете на недостающие вам съестные припасы. Наоборот, вы занимаете богатые долины и плодородные холмы, но при хорошей почве у вас недостаток населения, – отдайте все свои заботы земледелию, которое увеличивает население, и изгоните искусства, которые в конце опустошили бы страну, собирая в некоторых пунктах ее немногих жителей, имеющих налицо. Вы занимаете обширные и удобные берега, – постройте море кораблями, займитесь торговлей и мореплаванием, и вы будете пользоваться коротким и блестящим существованием. Море омывает на ваших берегах только скалы, – оставайтесь варварами, питайтесь рыбой; вы таким образом будете спокойны, пожалуй лучше и, наверное, счастливее. Одним словом, помимо общих для всех правил, каждый народ заключает в самом себе нечто, что располагает их особым способом и делает его законодателем годным только для него одного. Таким образом когда-то для евреев, а не так давно для арабов, самым главным предметом забота была религия, для афинян – литература, для Карфагена и Тира – торговля, для Родоса – мореплавание, для Спарты – война, для Рима – добродетель. Автор «Духа Законов» показал на множество примеров, путем какого искусства законодатель направляет учреждения к каждой из этих задач.

Что действительно делает конституцию государства прочной и долговечной, это такое соблюдение соответствия, при котором естественные отношения и законы всегда совпадают во всех пунктах, и последние, так сказать, только обеспечивают, сопровождают, исправляют первый. Но если законодатель, ошибаясь в своем деле, принимает принцип, несходный с принципом, вытекающим из природы вещей, если один из них клонится к порабощению, а другой – к свободе; один – к богатству, а другой – к увеличению населения; один – к миру, а другой – к завоеваниям, то мы увидим, как незаметно законы потеряют свою силу, конституция придет в упадок, и государство не успокоится до тех пор, пока оно не будет разрушено или изменено и пока непобедимая природа снова не вступит в свои права.

Глава XII.

Подразделение законов.

Для того, чтобы управлять целыми или придать общественному делу возможно лучшую форму, необходимо принять во внимание различные отношения. Во-первых, действие целого организма, направленного на него самого, т. е. отношение целого к целому или



верховного властелина к государству; это отношение состоит из отношения промежуточных звеньев, как мы увидим ниже.

Законы, регулирующие это отношение, носят название политических законов; их называют также основными законами, не без некоторого основания, если они разумны; в самом деле, если в каждом государстве существует только хорошая форма правления, то народ, который ее ввел, должен ее держатся, но если установленный порядок плох, зачем считать основными законы, мешающие ему быть хорошим? Кроме того, при каждом положении вещей народ всегда властен изменить свои законы, даже наилучшие, так как, если ему желательно причинить себе зло, кто имеет право воспрепятствовать ему?

Второе отношение – это отношение членов между собой или к целому организму; и это отношение должно быть в первом случае возможно меньше, а во втором – возможно больше, так чтобы каждый гражданин находился в совершенной независимости от всех других и в чрезвычайной зависимости от гражданской общины. Это совершается всегда при помощи одних и тех же средств, так как только сила государства порождает свободу его членов. Из этого второго отношения возникают гражданские законы.

Можно рассматривать еще третий род отношений между человеком и законом, именно отношение неповиновения к наказанию; оно служит поводом к установлению уголовных законов, которые, в сущности, являются не столько особым родом закона, сколько санкцией всех остальных.

К этим трем видам закона примыкает четвертый, самый важный из всех, который не вырезывается ни на мраморе, ни на меди, но в сердцах граждан; который образует настоящую конституцию государства, приобретает с каждым днем новые силы; который, когда стареют и умирают другие законы, оживляет и заменяет их; который сохраняет народ в духе его учреждений и незаметно заменяет силой привычки силу власти. Я говорю об обычаях и нравах, а главное – об общественном мнении; это – область, незнакомая нашим политикам, но от нее зависит успех всех других; область, над которой втайне работает великий законодатель, тогда как кажется, что он ограничивается лишь частными постановлениями; а между тем эти постановления являются только дугой свода; непоколебимый замочный камень его образуют, в конце концов, обычаи, более медленные в своем рождении.

Среди этих различных подразделений политические законы, составляющие форму правления, одни только имеют отношение к моему предмету.

Сведения об авторах

Борисова Лилия Владимировна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации; тел. (499) 256-00-85; niigp@msk.rsnet.ru;

Горелик Анатолий Павлович, кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации; тел. (499) 256-00-85; arg-1962@yandex.ru;

Гусева Ирина Петровна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и контроля Российского государственного торгово-экономического университета; тел. (499) 167-40-66; info@rsute.ru;

Дойников Игорь Валентинович, доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и предпринимательского права Московского гуманитарного университета; тел. (495) 374-78-60; kafedragp@mosgu.ru;

Мареев Юрий Леонидович, кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Приволжского филиала Российской академии правосудия; тел. (831) 433-58-99; gar_pf_nnov@mail.ru;

Рассолов Илья Михайлович, доктор юридических наук, заведующий кафедрой информационного, предпринимательского и торгового права Российского государственного торгово-экономического университета, профессор Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина; тел. (495) 458-94-79; info@rsute.ru;

Тедеев Астамур Анатольевич, доктор юридических наук, кандидат экономических наук, директор Международного исследовательского института; тел. (495) 509-67-82; info@mii-nauka.com;

Хабриева Талия Ярулловна, член-корреспондент Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации, директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации; тел. (495) 719-70-00; office@izak.ru;

Харитонова Юлия Сергеевна, кандидат юридических наук, доцент, старший научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права; тел. (495) 958-14-32; post@mael.ru;

Чиркин Вениамин Евгеньевич, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, Заслуженный юрист Российской Федерации, главный научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук; тел. (495) 375-10-13; iggran@iggran.ru.



Правила представления рукописей

– журнал публикует материалы по фундаментальным и прикладным проблемам правоведения и государственного строительства;

– в журнале печатаются материалы, ранее не опубликованные и не предназначенные к одновременной публикации в других изданиях; автор может опубликовать в одном номере журнала не более одного материала; все материалы проверяются на наличие плагиата;

– плата за публикацию материалов не взимается; авторам гонорар не выплачивается;

– элементы издательского оформления материалов включают: сведения об авторах; заглавие материала; подзаголовочные данные; индекс УДК; аннотация; ключевые слова; сведения о языке текста, с которого переведен публикуемый материал; дата поступления рукописи в редакцию; приложение; пристатейный библиографический список; допускается использовать дополнительные элементы издательского оформления; представляются также на английском языке: название статьи, аннотация, ключевые слова, фамилия, имя, отчество автора(ов); отдельно необходимо указать контактный телефон и адрес электронной почты **для оперативной связи**, адрес с индексом для отправки номера журнала; по выходу журнала каждому автору бесплатно высылается отдельный номер журнала;

– объем материала не должен превышать 1 п. л. (40 000 знаков);

– материал может быть направлен в редакцию **в электронном виде** – по электронному адресу: info@mii-nauka.com; **на бумажном носителе** – на адрес Института (с вложением электронной версии): 115563, Москва, а/я 77, МИИ;

– решение редакционного совета о принятии статьи к печати или ее отклонении сообщается авторам;

– электронные носители и рукописи авторам не возвращаются; рецензии на принятые материалы предоставляются по запросам авторов;

– аннотации материалов, ключевые слова, информация об авторах будут находиться в свободном доступе на сайте Института, в системах РИНЦ, Web of Science, Scopus на русском и английском языках. Через год после выхода номера журнала его полнотекстовая версия будет размещена на сайте Института.

Полный текст Правил представления рукописей авторами размещен на сайте <http://www.mii-nauka.com>

Подписано в печать 01.03.2010 г. Сдано в набор 05.03.2010 г.

Формат 70×100 ¹/₁₆. Печать офсетная.

Объем 12 п. л.

Тираж 5400 экз. Заказ 7458.

Отпечатано в типографии ПМБ ЕГУ.
107031, г. Москва, ул. Рождественка, д. 12.

Перепечатка материалов, опубликованных в журнале,
допускается исключительно с письменного разрешения редакции.

ВОПРОСЫ ПРАВОВЕДЕНИЯ

ПРОДОЛЖАЕТСЯ ПОДПИСКА на 2010 г.

Журнал выходит 4 раза в год.
Посвящен актуальным проблемам права
и государственного строительства.

Издается Международным исследовательским институтом
в рамках участия в Глобальном Договоре Организации Объединенных Наций.

ВАРИАНТЫ ПОДПИСКИ:

Каталог “Пресса России”, индекс 40661

Электронный каталог Агентства “Книга-Сервис”
в интернете на сайте <http://www.akc.ru>

Редакционная подписка (с любого номера)

115563, Москва, а/я 77, МИИ,
www.mii-nauka.com, info@mii-nauka.com,
тел. (495) 509-67-82

Все статьи проходят обязательное научное рецензирование
членами редакционного совета. Публикация осуществляется
исключительно на безвозмездной основе.

ISSN 2073502-2



9 772073 502002